
DIREITOS DE FAMÍLIA

RIO DE JANEIRO. – Typ. et lith. FRANCO-AMERICANA.

18 Rua d'Ajuda 18

INTRODUÇÃO

I

No traçar os limites dentro dos quaes se devia encerrar o assumpto deste livro, tivemos sob os olhos a classificação do Direito Civil, modernamente usada na Allemanha e de que forão iniciadores Heise e Thibaut.

Aceitamo-la, não porque nos parecesse a mais perfeita, senão como das inventadas a melhor e a mais accommodada para uma distribuição regular das diversas instituições do Direito Civil.

— Uma idéa mãe, cujas divisões e subdivisões se succedão, umas ás outras, de maneira vinculadas pelos laços da subordinação que as classes posteriores entrem nas anteriores e estas venhão á perder-só no tronco commum: eis o typo de uma classificação verdadeiramente scientifica.

O Direito Civil, porém, como tantas outras sciencias moraes, difficilmente se presta a entrar nos quadros de uma classificação assim modelada.

Está a dificuldade na propria natureza do assumpto.

O Direito Civil é um todo organico cujas partes integrantes são entre si tão intimamente ligadas que é quasi impossivel dividi-las sem ao mesmo tempo mutila-las.

Ao demais, os elementos constitutivos dos direitos são de sua natureza invariaveis. Em qualquer grupo, onde por differenças e semelhanças accidentaes se ache collocado o direito; na essencia é sempre o mesmo.

Como, pois descobrir nos seus elementos substanciaes as bases de uma classificação regular?

Ao contrario: os caracteres secundarios que o direito reveste nas diversas instituições em que funciona, são tão variados que é difficil achar delles que por sua generalidade possam servir de principios classificadores.

Por isso embalde lidão os escriptores por dar ao Direito Civil uma classificação rigorosamente scientifica.

Genio habituado ás mais elevadas cogitações methaphysicas, Leibnitz aventurou-se um dia a resolver a difficuldade, imaginando uma classificação que tivesse por principios determinadores as *causas* geradoras dos direitos.

O celebre philosopho redusio as causas a cinco: natureza, convenção, posse, successão, delicto.

Alem de assentar em uma ennumeração inexacta, é falso o systema porque a diferença de *causas* não determina a *diferença* de direitos.¹

Não preenche tambem os intuitos da sciencia a classificação fundada na diferença de direitos *reaes* e *pessoaes* —, classificação tão brilhantemente preconizada pelo Sr. Dr. Teixeira de Freitas, o sabio e eminente jurisconsulto, que como a mestre estamos habituados a respeitar, todos que nos damos a esta ordem de estudos.

¹ O mesmo direito pode ter *causas diversas*: exp. o usufructo que provem já de lei, já de contracto e já de testamento.

Direitos diversos nascem as vezes da *mesma causa*, como aobrigação ds indemnisar (direito pessoal) e a hypotheca (direito real) os quaes podem resultar ao mesmo tempo do delicto.

Esta classificação tem por base uma noção exacta deduzida da natureza dos direitos.²

Mas não basta que o principio classificador seja fundado na natureza da cousa. É mister ainda que seja suficiente para determinar ajusta distribuição do assumpto em classes, nas quaes venhão a se aggrupar entidades analogas, ligadas por caracteres salientes.

Ha caracteres naturaes que, ou por muito genericos ou por muito individuaes, não servem de fundamentar classificações: — muito genericos, determinão a reunião de cousas profundamente diversas; muito individuaes, não podem dar base para a divisão.

Incorrem na primeira censura os caracteres tirados da natureza *real* e da natureza *pessoal* dos direitos.

“A noção, diz um escriptor, é larga: — todos os direitos, sem excepção, vem se collocar n’uma ou n’outra cathegoria.”

Mas, estabelecidas as duas grandes divisões, como fazer as subdivisões?

Desloca-se; — não se resolve a dificuldade.

Tem ainda este sisthema dous graves defeitos.

² *Direito pessoal* toma-se em dons sentidos. Em sentido lato, “direito pessoal é aquelle em que alguém e individualmente o sujeito passivo do direito, ou em termos mais simples: direito pessoal é aquelle que dá a faculdade de constranger individualmente alguém a uma prestação qualquer, isto é, a dar, prestar, fazer ou não fazer alguma cousa.” Nesta accepeção os direitos pessoaes comprehendem os direitos de familia na parte relativa ás pessoas. (Vej. § 1°).

Em sentido restricto direitos pessoaes são aquelles a que correspondem obrigações, susceptíveis de apreciação monetaria, e como taes constituem um desmembramento do direito de propriedade.

“Ils appartiennent au *droit qui concerne les biens, le patrimoine*, parce que ces créances ne sauraient avoir pour objet que des prestations qui ont pour le creancier un intérêt appréciable et qui peuvent au besoin être ramenées à une estimation en argent, représentation générale des valeurs qui composent notre patrimoine.” Marezol, § 48.

Ha instituições do Direito Civil que sem quebrar a sua integridade, não podem accommodar-se em nenhuma das duas cathegorias. Onde collocar a sucessão?

Nos direitos reaes?

Nos pessoas?

Mas a successão abrange ao mesmo tempo direitos reaes e pessoas. Porque, pois, classifica-la antes n'uma do que n'outra cathegoria?

Em segundo lugar, o principio classificador produz a alliança dos direitos de familia com as Obrigações.

Que analogia, porém, que conformidade guarda o casamento, o poder marital, o patrio, o estado de filho familias, a tutela e a curatella, com as obrigações que nascem do contracto, do quasi-contracto, do delicto e do quasi-delicto?

O character escolhido não é tão relevado que oblitere as diferenças profundas, existentes entre os direitos de familia e as Obrigações.

O principio classificador submerge-se no meio de diferenças reaes e patentes e dá em resultado uma reunião disparatada de entidades estranhas.

A classificação usada na Allemanha é tambem incorrecta, mas é fora de duvida que presta-se a uma exposição clara das materias: — o que é o primeiro merecimento das classificações.

Não tem por fundamento, é verdade, um principio superior do qual sejam divisões as classes em que se aggrupão os direitos. Mas não se lhe pode recusar a excellencia de distribuir as materias em classes parallellas, em cada uma das quaes se accommoda uma collecção de

direitos que se ligão naturalmente por suas afinidades o pelos caracteres exteriores.

Eis a classificação allemã:³

Parte Geral:

1. Pessoas.
2. Cousas.
3. Actos juridicos.

Parte Especial:

1. Direito das cousas.⁴
2. Direito das obrigações.⁵
3. Direitos de familia.⁶
4. Direito de successão.⁷

A criação de uma Parte Geral para a definição das *peessoas*, agentes do direito, das *cousas*, objectos do direito, dos *actos juridicos*, causas do direito, tem sido geralmente aceita.

É acerca da distribuição das materias da Parte Especial que surge a controversia.

Alguns escriptores imaginarão uma quinta divisão para o concurso de preferencias.

³ Makeldey, § 120, Marezoll, § 48.

⁴ Esta secção comprehende: posse, dominio, seus modos de aquisição e extinctão; e os direitos reaes, desmembrados do dominio (*jura in re aliena*) a saber: emphitheuse, servidão, usufructo, uso, habitação, antichrese, penhor e hypotheca.

⁵ Obrigações e causas das obrigações (contractos, quasi-contractos, delictos, quasi-delictos).

⁶ Casamento, efeitos do casamento, poder marital, poder patrio, filiação, alimentos, tutela e curatella.

⁷ Successão *ab intestato* e successão testamentaria.

Não ha, porém, necessidade desta nova cathegoria.

O concurso de preferencias é uma phase que a *Execução* pode tomar; pertence, pois, ás leis do processo.

As questões de prelação e rateio entre os credores são sem duvida reguladas pelos principios do Direito Civil, mas taes principios não constituem uma, classe á parte. O penhor e a hypotheca tem o seu lugar definido no direito das cousas; os privilegios são expostos á propósito dos direitos a que alludem.

As leis do processo regulão o modo pratico do concurso de preferencias, e ahi estabelecem a classificação dos credores, segundo os principios fornecidos pelo Direito Civil.

II

Alinhar em quadros resumidos os principios de direito que regem as relações de familia, segundo a sua filiação logica, travando-os com as razões que os esclarecem e prendendo-os ás fontes de que derivão: taes são os intuitos do livro que hoje timidamente offerecemos aos que começam a dar os primeiros passos no estudo do Direito Civil.

O estudo directo das fontes e a intelligencia do elemento philosophico das leis, eis a base e a luz das investigações que tem por objecto o Direito Positivo.

O decreto da lei, exposto em sua simplicidade e nudez natural, só poderão interpreta-lo em toda a sua extensão os espiritos formados na constante lição do Direito.

As disposições das leis positivas não são senão

corollarios de principios superiores, que constituem a razão, a mente, a explicação do texto escripto.

Estes princípios superiores, ou são maxims do Direito Natural, ou são um motivo creado pelas necessidades da sociedade.

Sem a luz do principio superior (razão philosophica ou historica) de que o texto é a consequencia, as disposições legaes se complicão, se emaranhão e se tornão muitas vezes inintelligiveis.

Mas sem o estudo das fontes o espirito perde-se em cogitações vagas, e na ausencia de normas fixas oscilla entregue ás perplexidades da controversia.

III

Bem pobres e mesquinhas, porém, são as fontes do nosso Direito Civil.

Sabem as pessoas dadas a este genero de estudos quão defectivos, incoherentes e disformes são os subsidios que as nossas leis escriptas offerecem para a organização de trabalhos scientificos.

Acerca dos *Direitos de familia* particularmente, não temos lei que regulasse a materia sob um plano sistematico e completo.

No esboçar de cada assumpto deparão-se a todo o momento lacunas que deixão em claro pontos da maior importancia.

Essas lacunas é mister preenche-las com o Direito consuetudinario e com o Romano, corrigido segundo as declarações legaes.⁸

Pode-se, pois, affirmar que um grande numero, senão a maxima parte dos principios do Direito Civil Patrio formarão-se pelos costumes, pelas decisões dos tribunaes e pela elaboração scientifica.

⁸ Lei de 18 de agosto de 1769, § 9 e 14; Estatutos da Universidade de Coimbra, L. 2, T. 6, cap. 2 e 3.

IV

A nossa legislação escripta, pelo que respeita ao Direito Civil, é em grande parte o resultado da fusão dos costumes com o Direito Romano.

É porém tenue e escasso o peculio com que tem contribuido para a formação do Direito Patrio os costumes que ainda não estão traduzidos em lei escripta.

Sem os requisitos legais os costumes não constituem fonte authentica de direito. E, pois, só podem ser invocados pela autoridade moral que lhes dá o tempo, a sua conformidade com a indole do Direito e a extensão de sua pratica.

V

Na constante applicação do direito ás hypotheses occorrentes, o poder judiciario vae dando com as obscuridades e com as omissões da legislação escripta. Não lhe é licito deixar indecisa a questão, ou porque a lei é obscura ou porque é omissa. Cumpre-lhe, pois, por via de interpretação doctrinal e pela combinação dos elementos que lhe fornecem as fontes, aclarar os textos e preencher as lacunas.⁹

Este corpo de doutrina que se construe com o trabalho lento dos tribunaes, suposto de um character eminentemente pratico, nasce e se organisa sob o influxo da inspiração scientifica.

A jurisprudencia pratica que herdamos dos tribunaes portuguezes, força é confessar, não tem sido augmentada pelos nossos

⁹ As decisões e praticas dos tribunaes não fazem lei. Carta Regia de 7 de junho de 1605, § 8, e lei de 18 de agosto de 1769, § 14.

"A praxe e estilo de julgar e a decisão dos arestos, seguida universalmente dos doutores do Reino é o melhor interprete das leis." Assento de 23 de março de 1786.

Os Assentos da Casa da Supplicação constituem interpretação authentica, e portanto pertencem ao Direito escripto.

tribunaes com as accessões que era de esperar e que reclama vão a mudança das instituições, a variedade das circumstancias e os progressos do Direito.

Para esta esterilidade contribuem principalmente duas causas: — a timidez dos magistrados em exercer a faculdade de interpretar o Direito e a falta de um tribunal de *cassação*.

A timidez do poder judiciario chegou ao ponto de força-lo á abdicar o direito de entender as leis e á pedir ao executivo a solução das difficuldades occorrentes!

O supremo tribunal de justiça, como se acha constituido, é impotente para fixar a intelligencia pratica das leis. Falta-lhe a faculdade de cassação: as suas decisões, mesmo no ponto de vista da doutrina, podem ser annulladas pelas Relações revisoras.

D'ahi essa variedade e contradicções perpetuas nos julgados dos nossos tribunaes.

VI.

Papel importantissimo representa na organização do Direito Civil Patrio a elaboração scientifica.

Tendo por órgãos professores e escriptores, ella gira em uma esfera mais elevada do que a jurisprudencia pratica; obedece á inspiração de uma ordem superior; caminha illuminada pelas luzes da philosophia: — os tribunaes esforço-se por chamar o Direito ás necessidades da vida; a sciencia lida por aproxima-la do seu ideal.

Tem a elaboração scientifica por missão preencher as lucunas das leis escriptas e dar ao Direito uma forma sisthematica, aperfeiçoando-o e pondo-o em harmonia com as necessidades do tempo.

Esta missão ella a desempenha por um trabalho constante sobre os materiaes existentes: — delles extrahe os elementos substanciaes, desenvolve-os, combina-os e tira deducções logicas conformes com o espirito e com o genio do Direito vigente.¹⁰

Entre nós constituem os materiaes deste trabalho:

As leis escriptas,

Os estilos e os costumes,¹¹

E o Direito Romano como subsidiario.

VII.

A elaboração scientifica do Direito teve em Portugal dias de esplendor e de decadencia, acompanhando paralellamente as lettras, as artes e as demais sciencias nas vicissitudes porque passarão.

A escola dos civilistas theoricos do seculo XVI e começos do XVII emulou dignamente com as escolas que tão alto levantarão por esses tempos os estudos juridicos em França e na Hollanda.¹²

Os seus escriptos são, no geral, notaveis pelas excellencias que caracterisavão a escola Cujaciana.

Mas se, praticando o methodo largo e fecundo de Cujacio, esses grandes escriptores plantarão boas tradições, todavia fraca e tenue foi a acção que exercerão nos estudos do Direito Patrio.

Era a época em que se renovava com ardor e energia o culto do Direito Romano.

¹⁰ Marezoll, § 21.

¹¹ Por estilos e praxe entendem-se as praticas dos tribunaes acerca do processo e também o modo pratico de interpretarem o Direito.

¹² Principaes escriptores desta escola: Antonio de Gouvea (*Gouveanus*), Manoel da Costa, Ayres Pinhel, E. Caldeira. Alta mirano, Pedro Barbosa, Caldas Pereira.

Professores: — Costa Quintella, Heitor Rodrigues, Vaz Pinto, Gabriel da Costa, F. Caldeira e Ruy Lopes da Veiga.

Todos esses escriptores são romanistas; todos consumirão as suas admiráveis faculdades em explicar e commentar a Instituta, o Digesto e o Código.

Alguns, é verdade, como P. Barbosa, Caldas Pereira, prolongarão suas investigações de Direito Romano até o Direito Patrio.

Mas o Direito Patrio occupava a segunda plana e desse contacto sahio-lhe adulterado e pervertido o espirito e a indole. Deante da preocupação do romanismo e da magestade das leis imperiaes, admiradas e veneradas como a *razão escripta*, os modestos *estatutos locaes* perdião os seus caracteres peculiares e, por muita honra, são recebidos como simples restricções do texto romano.

A escola pratica que se formou ao lado dos theoreticos do século XVI, se bem que contribuisse com grande peculio para a organização do Direito Patrio, e conte alguns escriptores de nomeada, é muito inferior em merecimento.¹³

Forçada pela necessidade diaria de applicar e explicar o Direito vivo, ella fez do Direito Patrio o objecto de seus estudos.

Mas esses estudos são imperfeitissimos na forma e no fundo.

Tomarão o theor da polemica e da controversia; são, pela maior parte, antes discussões de pontos isolados, de hypotheses, do casos occorrentes, do que investigações sistematicas e aprofundadas.

Fallece-lhes, de ordinario, a intelligencia intima do genio do nosso Direito; domina-os o falso principio de que as leis patrias não são senão meros correctivos do Direito Romano.

¹³ Alvaro Valasco, Antonio da Gama, Jorge de Cabedo e Melchior Phebo são os mais notaveis escriptores da escola pratica.

No longo espaço que se estende dos começos do século XVII aos meados do XVIII, período fatal á litteratura portugueza, foi quasi total a ruina dos estudos juridicos.

Perderão-se as tradições da escola cujadiana; cahiu em abandono o estado das fontes; a razão philosophica e historica dos textos foi substituida por um jogo esteril das subtilezas da Gloza. Nos escriptos deste periodo reina uma erudição falsa e de máu gosto e o pensamento cardeal dos monumentos legislativos se confunde e se dilue, emaranhado n'uma infinidade de distincções, limitações e ampliações, a qual mais arbitraria.¹⁴

Os trabalhos desta quadra exercerão uma influencia funesta no Direito: — delles derivão sua origem muitas maximas falsas que ainda hoje corrompem a nossa jurisprudencia.

Mas afinal surgirão dias mais felizes. As idéas philosophicas que no século XVIII tão rudemente abalarão a França, a paexão ardente e a audacia, com que se renovarão as sciencias ao impulso dos methodos de Descartes e Bacon e as aspirações de reformas profundas e radicaes que nesses tempos agitavão a Europa, estenderão a acção de sua influencia até o reino do extremo occidente.

Desse grande movimento intellectual são mangnificos effeitos, os grandes trabalhos do marquez de Pombal na politica, na administração e no ensino publico.

A reforma da Universidade de Coimbra, consumada pelo grande ministro de D. José I, abriu uma nova era nos estudos juridicos em Portugal.

O plano para o ensino do Direito Civil Patrio, dado nos estatutos da Universidade, resumia os intuitosm da sciencia naquelle

¹⁴ Pertencem a este periodo Manoel Alvares Pegas, Cordeiro, Cardoso, Guerreiro, Silva, Moraes e Solano.

tempo. Lançarão-se os lineamentos de estudos largos e profundos. No proprio texto dos Estatutos foi exposto com complacente prolixidade o methodo, a que a Allemanha devia os admiraveis trabalhos de Thomaz, de Boehmero, de Heinecio,— methodo que tem por instrumentos a philosophia, a philologia e a historia.

Os progressos da Universidade, cumpre confessa-lo, não corresponderão aos intuitos da reforma. As velhas praticas continuarão a oppor tenaz resistencia ao espirito innovador. No ensino, como em politica, é obra lenta e difficil desarraigar habitos inveterados, extirpar os erros da tradicção.

Mas, sem embargo, o pensamento da reforma foi por deante.

Á Paschoal José de Mello Freire estava reservada a insigne honra de interpre-lo e traduzi-lo em realidade.

Paschoal era um homem de genio. Estava preparado para a ardua em preza que commettera. O seu espirito formára-se ao influxo das idéas philosophicas do tempo e na meditação dos escriptos com que a escola Allemã do seculo passado iniciara os trabalhos que forão tão brilhantemente continuados por Thibaut, Hugo e Savigny.

Profundamente versado nas origens do nosso Direito e guiado pelo fanal de uma critica superior, Paschoal levou a luz e a ordem ao cahos, o alcançou reduzir á um corpo de doctrina sisthematico e regular, claro e simples, o vasto labyrintho da jurisprudencia patria.

Antes de Paschoal jazião dispersos e mutilados os

elementos do Direito Patrio; elle os reuniu, escoimou-os das feses que os deturpavão, organisou-os, deu-lhes unidade, restituiu-lhes a cõr nacional e fundou em Portugal a sciencia do Direito Civil.

As suas obras, verdadeiros monumentos para a época em que forão escriptas, são ainda preciosas; mas os tempos caminharão e ellas hoje não correspondem nem ao estado da legislação nem aos progressos da sciencia.

Paschoal já repousava no tumulo quando se ergueu em Portugal um escriptor infatigavel que ousara emular com o grande reformador. Sabe já o leitor que fallamos de Manoel de Almeida e Souza, conhecido pelo nome de *Lobão*, aldea, onde residia e donde datava os seus escriptos.

Homem de grande talento, Lobão amalgamava em seu espirito qualidades as mais estranhas. Agudo e perspicaz, sem methodo e sem ordem, rude e indigesto, escrevendo n'um estilo barbaro, acrimonioso como um polemista do século XVI, ousado e timido ao mesmo tempo, o advogado da Beira, á vastos conhecimentos do Direito Civil e Canonico juntava largas noticias das leis e costumes patrios e grande lição das praticas forenses.

Os seus numerosos e extensos escriptos, em forma de *Tractados*, *Dissertações* e *Notas*, abrangem quasi todo o ciclo do Direito e do Processo civil.

Foi elle o primeiro jurisconsulto portuguez que fez uso deste excellente instrumento de interpretação — o estudo da legislação comparada. Para esclarecer e firmar os pontos duvidosos e preencher as lacunas da legislação patria, não raro invoca elle as disposições paratellas dos codigos estrangeiros que haviam sido promulgados até o seu tempo.

Dos escriptores que no seculo passado tractarão de accomodar o Direito Romano ao uso moderno, colheu magnificos subsidios para illustrar o Direito Patrio.

Mas grandes e graves defeitos maculão-lhe as obras: — desordem na exposição das materias, vulgaridade e incorreição de linguagem, abuso das citações e por vezes falta de boa critica para repellir doutrinas falsas.

O desejo de reunir á proposito de cada assumpto um grande numero de opiniões fa-lo cahir em repetidas contradições. É d'ahi que provém o dizer-se que suas obras são um arsenal, onde se encontram com igual profusão o pró e o contra.

Lobão exerceu extensa influencia sobre a nossa jurisprudencia. As suas opiniões gosão de certa authoridade no foro.

Em tempos mais recentes florecerão dous civilistas portuguezes de grande distincção: — Manoel Borges Carneiro e José Homem Corrêa Telles.

Espírito mais vasto do que profundo, muito versado na legislação patria, dotado de notavel senso juridico, B. Carneiro deixou-nos um bom tractado do Direito das Pessoas.

Esse livro, rico de erudição e de extensas noticias das leis patrias, seria um bello monumento, se tivesse mais rigor scientifico, mais elevação, e se as suas sintheses não afrouxassem, diluidas n'uma serie infinda de divisões e subdivisões que só servem de emaranhar o assumpto.

As investigações de B. Carneiro pelos dominios da legislação patria trouxerão para a sciencia materiaes importantes que jasião ignorados e perdidos.

Corrêa Telles era um talento exacto, uma intelligencia concisa, ornada de boa erudicção juridica, mas sem grande propensão para os estudos especulativos.

Das suas publicações a melhor incontestavelmente é a *Doctrina das Acções*.

Nesta obra, é verdade, o seu trabalho consistiu em accommodar ao foro portuguez o primoroso opusculo de Boehmero — *De Actionibus*; mas fe-lo com criterio e saber.

O *Digesto portuguez* resente-se da precipitação com que foi escripto. É má a distribuição das materias; os assumptos não são deduzidos em sua ordem logica e natural; a doutrina trasladada no texto nem sempre é a fiel interpretação do Direito vigente: omisso em uns pontos, prolixo em outros, falta-lhe o espirito de unidade e de sisthema.

Sem embargo é um livro de valor.

O *Commentario critico á lei da boa razão* é a obra em que melhor reflectem as qualidades e os defeitos de Corroa Telles: bom senso, justesa de idéas, clareza e concisão; mas embalde Hão de procurar nesse opusculo a discussão que penetra o intimo do assumpte e illumina-o com as luzes de uma razão superior.

Taes são em rapidos traços os principaes escriptores portuguezes que tem cooperado para a elaboração scienfica do Direito Civil Patrio.

Entre nós brasileiros não ha muito gosto para o estudo do Direito Civil.

A politica attrahe os grandes talentos. A gloria modesta do civilista se offusca deante dos fulgores da gloria do orador parlamentar e do jornalista. Só uma vocação energica e decisiva pode afastar a intelligencia das luctas brilhantes e estrondosas da carreira publica para concentra-la nos estudos solitarios do Direito Civil, estudos tão difficeis e tralhosos, mas tão pouco estimaclos.

Todavia temos ja uma pleiade brilhante de jurisconsultos da maior distincção.¹⁵

Organisado com elementos tão inconsistentes, sobre a base de uma legislação escripta insufficiente, acanhada e cheia de omissões, o corpo do nosso Direito offerece largo campo para a controversia.

D'ahi a perplexidade, a duvida e a contradicção.

Nesta variedade e encontro de opiniões, como formar a consciencia e fixar normas claras e firmes?

A methodologia juridica indica-nos um processo profundamente racional: — tomar por guias os principios directa e immediatamente deduzidos das fontes, e o criterio que dá a indole e o genio do Direito vigente.

É á esse toque que devem de ser contrastados os costumes, as praticas forenses, as opiniões dos escriptores eas disposições paralellas dos codigos estrangeiros.¹⁶

¹⁵ Entre outros, os Srs. Augusto Teixeira de Freitas, João Chrispiniano Soares, Agostinho Marques Perdigão Malheiro, F. de Paula Baptista, Joaquim Ignacio Ramalho, são com justa razão contados entre os mais illustres jurisconsultos brasileiros.

Os trabalhos do Sr. Dr. Teixeira de Freitas, pela profundidade das investigações, pela audacia do pensamento e pela riqueza de erudição, competem com o que de melhor se tem publicado no estrangeiro.

Os diversos escriptos do Sr. Dr. Perdigão Malheiro recommendão-se pelo estudo consciencioso e aprofundado das materias, pela justesa das idéas e pela concisão do estilo.

¹⁶ Para a composição deste livro consultamos um grande numero de escriptores antigos e modernos, nacionaes e estrangeiros. Delles adoptamos francamente as opiniões que nos parecerão mais justas, consignando-as no texto e citando de ordinario a obra de que forão extrahidas.

Por vezes allegamos o Codigo Civil Portuguez, o qual deve ter para nós mais authoridade do que os outros codigos estrangeiros.

O Codigo Civil Portuguez em substancia não é senão a codificação do Direito Civil Portuguez preexistente, completado em suas lacunas e augmentado com as reformas que os progressos da sociedade exigião.

E é de notar que no geral o dito Codigo resolveu no sentido mais justo e rasoavel muitas das duvidas e dificuldades que, ou por obscuridade ou por omissão da antiga legislação, fazião o tormento dos interpretes.

Foi esse o methodo que na medida de nossa fraqueza empregamos na composição deste livro.

O resultado absolutamente não corresponde ao intuito. O instrumento era excellente, mas o obreiro não soube maneja-lo.

É difficil comprehender e dominar o pensamento alheio, como é o da lei. É difficil percorrer, sem fraquear uma e muitas vezes, tão longa serie de assumptos, de si mesmos complicados e abstrusos.

Mil inexactidões, pois, nos terão escapado. Para ellas pedimos a benevolencia dos homens versados neste genero de estudos.

Elles hão de reprehender a nossa ousadia, mas hão de perdoar os erros.

DIREITOS DE FAMÍLIA

§.1. *Noção dos Direitos de família.*

A divisão do Direito Civil, hoje conhecida sob o título — *Direitos de família*,— tem por objecto a exposição dos princípios de direito que regem as relações de família, no ponto de vista da influencia dessas relações não só sobre as *personas* como sobre os bens.

O *casamento*, fundamento legitimo da família; o *patrio-pouder*; o *estado civil* das pessoas; a *tutela*, criação artificial para suprir a autoridade do chefe de família e a *curatela*, instituição destinada a proteger os que estão inhibidos de governarem suas pessoas e bens: taes são, em geral, os assumptos que formão o quadro dos *Direitos de família*.^{*}

^{*} Veja-se Makeldey, Droit Romain, § 538; Marezoll, Droit Privé des Romains, § 81 e 158.

SECÇÃO PRIMEIRA

DO CASAMENTO

CAPITULO PRIMEIRO

DOS ESPONSAES

§ 2. *Natureza dos esponsaes.*

O casamento pode ser precedido de esponsaes.

Denomina-se em direito — *esponsaes* — a promessa que o homem e a mulher reciprocamente se fazem e aceitam de se casarem em um prazo dado.¹

Acto preliminar, os esponsaes tem por fim assegurar a realização do casamento, difficultando pelas solemnidades que os cercão, o arrependimento que não seja fundado em causa justa e ponderosa.

Constituem os esponsaes um verdadeiro contracto e, pois, lhes são applicaveis as regras de direito acerca da essencia dos actos juridicos.

Assim que podem ser annullados, por motivo de incapacidade d'um dos contrahentes, como a que provem de demencia;² por falta de consentimento livre e serio³; por dolo ou por erro sobre a pessoa ou sobre as qualidades essenciaes della⁴.

¹ Fr. 1. D. de sponsalibus. (23. 1): Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum.

² Fr. 8. D. til. eod.; B. Carneiro, L. 1º Tit. 10 § 96 n. 9.

³ B. Carneiro, cit. § 96 n. 3.

⁴ B. Carneiro, cit. § 96 n. 4. O erro sobre as qualidades essenciaes da pessoa é qualificado segundo a natureza do contracto e a convenção das partes. Ha erro sobre qualidade essencial da pessoa, se, por exemplo, a esposa é escrava e o esposo ignorava; si no contracto se declarou que a esposa é viuva sem filhos e verifica-se depois que ella tem filhos.

§ 3. *Pessoas que podem contractar esponsaes.*

Da natureza dos esponsaes, acto que tem por objecto a realização do casamento, resulta que só são capazes de contractar esponsaes as pessoas que, sendo maiores de sete annos⁵, podem de futuro contrahir entre se justas nupcias.⁶

Os filhos familias porém e os menores de vinte um annos, quer legitimos, quer illegitimos, não podem validamente contrahi-los sem o consentimento de seus paes, tutores ou curadores.⁷

Da denegação de consentimento pelo pae, tutor ou curador ha recurso para o juiz de orfãos que pode dar ou recusar a licença pedida.⁸

Os maiores de vinte um annos, que não estão sob o patrio poudet, são obrigados á sollicitar o consentimento paterno, tão sómente por dever de obediencia e respeito filiaes; mas a negação da licença não os inhiibe de celebrarem os esponsaes.⁹

§ 4. *Das formalidades dos esponsaes.*

No intuito de cercar o acto de garantias, que evitem a irreflexão e lhe dêem o character de plena authenticidade, a lei prescreve que na celebração dos esponsaes se observem as formalidades seguintes:

⁵ Fr. 14, D. de sponsalibus (23. 1) C. 7. 8. X de desponsal. impub. (4. 2).

⁶ Fr. 60 § 5 D. de ritû nupt. (23.2): Cum qua nuptiae contraiu non possunt, haec plerumque nequidem despondere potest.

O impubere maior de sete annos pode contrahir esponsaes mas não casamento. Provem isto da differença de idades que a lei requer como condição de capacidade para um e outro acto.

Havendo entre os esposos impedimento para casamento, os esponsaes não podem ser contrahidos, senão sob a condição de obterem dispensa legal. Lei de 6 de outubro de 1784. § 3.

⁷ Lei de 6 de outubro de 1784, § 4.

⁸ Lei cif. ibidem; lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 4; Reg. de 15 de março de 1842, art. 5, § 5.

A provisão de consentimento incorpora-se á escriptura de esponsaes. Lei cit. de 6 de outubro de 1784, § 4.

Segundo a dita lei (§ 5) é secreto o processo do suprimimento de consentimento pelo juiz.

⁹ Cit. lei de 6 de outubro de 1784 § 6. Esta disposição comprehende tambem os filhos illegitimos, reconhecidos ou legitimados. Com esta modificação deve ser entendido o § 3 do Assento de 9 abril de 1772.

1. O contracto esponsalicio deve ser reduzido á escriptura publica, lavrada pelo tabellião do lugar.¹⁰

2. A escriptura deve ser assignada pelos contrahentes, por seus paes ¹¹, e na falta destes, pelos tutores ou curadores, e por duas testemunhas ao menos.¹²

3. Todavia, residindo o tabellião a mais de duas leguas do lugar da habitação dos contrahentes, póde o contracto fazer-se por escripto particular, assignando, alem das pessoas referidas, quatro testemunhas.

O escripto particular, não sendo reduzido á escriptura publica dentro de um mez, deixa de valer.¹³

Estas solemnidades são substanciaes; a ommissão, pois, de qualquer dellas acarreta a nullidade do contracto e de todas as promessas, pactos e convenções que por ventura lhe tenham sido acrescentadas.¹⁴

Na escriptura esponsalicia, alem da expressa declaração de que forão feitas e aceitas as promessas reciprocas com inteira liberdade e sem a menor coacção, se devem consignar:

1. Os nomes dos paes dos contrahentes;
2. A idade dos contrahentes;
3. O lugar onde nascerão e forão baptisados;
4. A freguezia em que residem;

¹⁰ Lei de 6 de outubro de 1784. § 1º.

¹¹ O pai pode se fazer representar por procurador com poderes especiaes.

¹² Lei cit. de 6 de outubro, *ibidem*. São também competentes para lavrar estas escripturas os escrivães dos juizes de paz nos casos, em que fazem as vezes de tabelliães. Lei de 30 de outubro de 1830.

¹³ Cit. lei de 6 de outubro de 1784, § 2.

¹⁴ Cit. lei, § 1º.

5. E, se são parentes, a natureza e o grau de parentesco, accrescentando-se, no caso do parentesco importar impedimento, a clausula de que se obrigação á obter a dispensa legal.¹⁵

§ 5. *Pactos e condições que se podem additar aos esponsaes.*

É licito aos contrahentes juntarem ao contracto esponsalicio quaesquer condições, pactos ou clausulas que não forem contrarias ás disposições das leis e á natureza e fim do casamento.¹⁶

A condição impossivel ou torpe invalida o contracto.¹⁷

Pode-se restringir o effeito dos esponsaes á certo praso.¹⁸

É permittido estipular-se indemnisação pecunaria para ser paga pelo esposo que se arrepender sem justa causa.¹⁹

Não está em uso entre nós o darem ou prometterem os contrahentes *arrhas esponsalicias* ²⁰ para penhor e segurança do casamento, se bem que uma semelhante pratica não é prohibida por lei.²¹

No silencio dos contrahentes á respeito do destino das arrhas, prevalecem as disposições seguintes:

Realisando-se o casamento, voltão as arrhas ao conjuge que as deu ²² ou confundem-se na communhão dos bens, segundo o regimen que foi adoptado.²³

¹⁵ Cit. lei, § 3.

¹⁶ Ord. L. 4, T. 4 6 pr.; Lei de 6 de outubro de 1784, § 1º.

¹⁷ B. Carneiro, L. 1º T. 10, § 97, n. 5.

¹⁸ B. Carneiro, cit. § 97, n. 6.

¹⁹ Cit. lei de 6 de outubro de 1784, § 8.

²⁰ Arrhas esponsalicias como penhor e garantia da realização do casamento são coisa muito diversa de arrhas no sentido usual do nosso direito (Ord. L. 4. T. 47.) Valasc. Consult. 2 n. 3.

²¹ Ord. L. 4 T. 46 pr.; Mello Freire, L. 2, T. 9, § 28.

²² Const. 3.5. C. de spons et arrh. spons. (5.1.) As arrhas tem por fim assegurar a realização do casamento. Realizado o casamento, perdem a razão de ser (*causam*); é pois logico que voltem ao que as deu.

²³ Ord. L. 4, Tit. 65 in fin. (arg).

Não se realizando o casamento:

Por justa causa; restituem-se as arrhas aos contrahentes ou a seus herdeiros:²⁴

Por injusta causa; o contrahente culpado restitue as que recebeu e perde para o innocente as que deu, e se não deu nenhuma, é obrigado á dar outro tanto das que recebeu.²⁵

§ 6. *Effeitos dos esponsaes.*

Póde acontecer que, depois de assignada a escriptura de esponsaes, um dos esposos por uma dessas subitas variações de vontade, tão proprias da mobilidade do espirito humano, mude de resolução e se recuse á cumprir a promessa feita.

Força-lo nestas circumstancias á contrahir as nupcias ajustadas fora contrariar d'uma maneira cruel a natureza e os fins do casamento, preparando d'est'arte um futuro de luctas, de odios e de perturbação no seio d'uma sociedade onde só deve reinar o amor, a paz e a mais intima união.

D'ahi provem que a obrigação resultante dos esponsaes não é absoluta, senão alternativa.

Assim que á cada um dos contrahentes compete acção:

Ou para exigir o cumprimento da promessa feita;

Ou para pedir a indemnisação devida pela quebra da promessa.²⁶

A obrigação de indemnisar, porém, cessa, havendo justa causa para o repudio.²⁷

²⁴ Const. 15. C. de donation. ant. nopt. (5.3.)

²⁵ Const. 3.5. C. de spons. et arrh spons., (5.1.) Mello, loc. cit. § 27, nota.

²⁶ Lei de 6 de outubro de 1784, § 8.

²⁷ Cilada lei, *ibidem*.

A indemnização, no caso de não ter sido taxada na escriptura, deve ser arbitrada pelo juiz segundo as circumstancias occorrentes.²⁸

A promessa, em falta de estipulação sobre prazo, só pode ser exigida até dous annos depois da data dos esponsaes.²⁹

A acção que resulta dos esponsaes é a de assignação de dez dias³⁰; torna-se, porém, ordinaria, se a indemnização sudsidiriamente devida é illiquida.³¹

§ 7. Dissolução dos esponsaes.

Os esponsaes dissolvem-se:

1º Pela morte d'um dos contrahentes;

2º Pela superveniencia de impedimento para o casamento;³²

3º Pela falta da condição imposta;³³

4º Expirado, o prazo marcado ou o legal, sem reclamação dos contrahentes;³⁴

5º Pelo mutuo dissenso;³⁵

6º Pela recusa d'um dos esposos fundada em justa causa.³⁶

²⁸ Cit. lei de 6 de outubro de 1784, § 8. Lobão, Acç. Sum, § 696 e seguintes, nos quaes explica em que consistem os damnos emergentes e lucros cessantes.

²⁹ Fr. 2. D. de sponsalib. (23.1); Const. 2. C. de repudiis (5.7); Digest. Port. P. II. art. 73.

³⁰ Lei de 6 de outubro 1784, § 6.

³¹ E incompetente a acção de assignação de dez dias para demandar quantias illiquidas: Ord. L. 3. T. 25; Pereira e Souza nota 957.

³² B. Carneiro L. 1º, T. 10, § 99, n. 6. Tal é o recebimento de ordens sacras; a entrada em religião aprovada; o casamento com outra pessoa.

³³ B. Carneiro, cit. § 99, n. 7.

³⁴ Este modo de dissolução equivale ao mutuo dissenso.

³⁵ B. Carneiro, cit. § 99, n. 1.

³⁶ B. Carneiro, cit. § 99, n. 2.

Constituem justa causa para a recusa: a enfermidade, ou contagiosa ou repugnante, ou a que inhabilita para os misteres da vida; a infidelidade; a impudícia, e, em geral, todos os vícios e costumes torpes.³⁷

É porém de notar que estas causas não valem, senão ou quando ocorrem depois, ou quando já existião ao tempo da celebração dos esponsaes, mas serão ignoradas.³⁸

CAPITULO SEGUNDO

CASAMENTO; DIVERSAS ESPECIES; SOLEMNIDADES DA CELEBRAÇÃO.

§ 8. Noção do casamento

O casamento é o acto solemne pelo qual duas pessoas de sexo differente se unem para sempre, sob a promessa reciproca de fidelidade no amor e da mais estreita communhão da vida.³⁹

Legitimar a procreação da prole, envolvendo no véo do direito a relação fysica dos dous sexos é, certo, um dos principaes intuitos do casamento; mas o fim capital, a rasão de ser desta instituição, está nessa admiravel identifiacção de duas existencias, que confundindo-se uma na outra, correm os mesmos destinos, soarem das mesmas dores e compartem, com egualdade, do quinhão de felicidade que a cada um cabe nas vicissitudes da vida.

³⁷ B. Carneiro, cit. § 99, n. 3; D. Port. P. II. art. 68.

³⁸ Dig. Port. P. II. art. 66, 67, 68 e 69.

A dissolução dos esponsaes nos casos acima referidos realisa-se sem dependencia de sentença ou de qualquer solemnidade. B, Carneiro, cit. § 99 n. 8.

³⁹ Fr. 1º D. de ritu. nup. (23.2): Nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae et consortium omnis vitae: divini et humani juris comunicatio. § 1º. J. de patr. potest (1.9.): Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum vitae consuetudinem continens. C. 3. C. 27. q. 2.: Consensus cohabitandi et individuum vitae consuetudinem retinendi conjuges facit.

O casamento, attenta a sua natureza intima, não é um contracto, antes differe d'elle profundamente, em sua *constituição*, no seu *modo de ser*, na *duração* e alcance do seus efeitos.

O casamento abrange a personalidade humana

inteira; crea a familia; funda a legitimidade dos filhos; dá nascimento á relações que só se extinguem com a morte: os direitos e obrigações que d'elle resultão trazem o cunho da necessidade e, no que dizem respeito ás pessoas, não podem ser alterados, modificados ou limitados pelo arbitrio dos conjuges.

Os contractos, ao contrario, tem por objecto actos individuaes, temporarios; interesses materiaes, ephemerous e susceptiveis de apreciação monetaria. Os direitos e obrigações que delles derivam, são regulados pela vontade das partes e por consenso dellas podem ser alterados ou suprimidos.⁴⁰

Ha porém um ponto de contacto entre o casamento e o contracto e é: que para a formação d'um e de outro, é mister o consentimento das partes. É d'ahi que provem o erro daquelles que pretenderão regular o casamento e definir-lhe os efeitos pelos principios que regem os contractos.

Certo, no que diz respeito ao consenso da vontade das partes, são applicaveis ao casamento os principios geraes de direito que regulão a liberdade, a certeza e a manifestação do consentimento em materia de contractos;⁴¹ mas fora desconhecer-lhe a natureza intima equipara-lo aos contractos para regula-lo como se fora uma convenção.⁴²

⁴⁰ Savigny, Droit Rom. § 141; Lord Robertson, Notas á Ferguson.

⁴¹ Nuptias enim, non concubitus, sed consensu facit. Ulpiano. Estas palavras alludem tão sómente á necessidade do consentimento para a formação do casamento.

⁴² Os juriconsultos romanos não consideravão o casamento como contracto. No sisthema da sua classificação o casamento toma lugar, não na theoria dos contractos, mas na parte que tracta do *estado civil* das pessoas. (Gaius, Com. 1. n.º 108; Inst. L. 1.º Til. 10.)

Instituição da maior importancia pela magnitude e extensão de seus efeitos na vida social, o casamento entra naturalmente na esphera do direito civil.

Assim que: a lei civil é competente para marcar-lhe as condições de validade, estabelecer as solemnidades de sua celebração e definir-lhe os efeitos.

§ 9. Intervenção do elemento religioso no casamento.

Não ha seita religiosa que não considere o casamento como um facto de sua competencia e que não tenha estabelecido para sua celebração um systema de prescripções.

O christianismo, desde sua fundação, chamou-o á si e o elevou á dignidade de sacramento.

D'ahi os constantes esforços da igreja catholica para regula-lo e subtrahi-lo á acção do poder temporal.

É inquestionável o direito que á cada religião pertence, de regular a intervenção do elemento divino no casamento, marcando-lhe as condições de validade e a forma, para que o acto se torne perfeito ante suas prescripções e possa receber a graça que lhe é promettida.

Mas é, tambem, fora de toda a duvida que, por sua natureza e por seus efeitos na vida social, entra o casamento na esphera das attribuições do Estado, o qual, para fixar-lho a forma, condições e efeitos, em quanto acto civil, tem tanta competencia quanta para regular o estado das pessoas a, organização da propriedade, as successoes e os demais assumptos do dominio do Direito Privado.

Facto religioso, o casamento é da competência da autoridade religiosa; acto civil, é da alçada do Estado.

O Estado não pode interferir nas prescrições da religião acerca do casamento. A religião nada tem que ver com as disposições da lei civil que entendem com o casamento.⁴³

Assim que:

Nenhuma seita religiosa pode exigir que o Estado só aceite como valido o casamento celebrado conforme ás suas prescrições. Consagrar em lei uma semelhante pretensão seria plantar no seio da legislação uma tirannia cruel e intoleravel, que acarretaria para os que pão professao a religião favorecida, a usurpação do direito de fundar familia legitima, direito que por congenito com o homem não ha na terra poudet com authoridade para desconhecê-lo e aboli-lo!

O Estado á seu turno não tem o direito de impôr que os contrahentes se casem segundo as prescrições da religião que professão. A observancia dos deveres religiosos deve ser deixada á liberdade de consciencia. Á coacção sob qualquer forma, neste assumpto, disvirtua o acto aos olhos da moral e da propria religião, e dá lugar á scenas de ignominiosa hypocrisia.

Deante da lei do Estado, o casamento deve ser um acto meramente civil, sem caracter religioso, accessivel á todas ás pessoas, que se mostrem legalmente habilitadas.

O Estado não póde, não tem o direito de forçar a consciencia do individuo para aceitar antes uma religião do que outra. Não póde, pois, privar do direito de fundar familia legitima aos que não professão a religião preferida.

Tal é a verdadeira doutrina.

Entretanto não tem ella podido triumphar de pre-conceitos antiquissimos e profundamente radicados. Entre muitos povos prevalece ainda o principio de que a autoridade religiosa é a única competente para

⁴³ Vej. os Estudos do Sr. A. Herculano sobre o casamento civil.

marcar as formalidades do casamento, assistir á sua celebração e julgar da sua validade, limitando-se a legislação temporal á definir-lhe os efeitos puramente civis.⁴⁴

§ 10. *Diversas formas de casamento.*

No estado actual do Direito Civil Brasileiro só são recebidas como validas e capazes de efeitos civis as tres seguintes formas de casamento:

1º O casamento catholico, celebrado conforme o concilio Tridentino e a constituição do arcebispado da Bahia;⁴⁵

2º O casamento misto, isto é, entre catholico e pessoa que professa religião dissidente, contraindo segundo as formalidades do Direito Canonico;⁴⁶

3º Finalmente, o casamento entre pessoas pertencentes ás seitas dissidentes, celebrado de harmonia com as prescrições das religiões respectivas.⁴⁷

Prevalece, pois, entre nós, a doutrina que attribue á religião exclusiva competencia para regular as condições e a forma do casamento e para julgar da validade do acto.

Todavia, a recente lei acerca do casamento entre os membros das seitas dissidentes, consagrou uma innovação que cumpre assignalar: passou para a autoridade civil a faculdade de dispensar os impedimentos e a de julgar da nullidade desta forma de casamento.⁴⁸

⁴⁴ Vej. a Nota 1 no fim do volume.

⁴⁵ Decret. de 11 de setembro de 1564; Lei de 8 de abril de 1569; ord. L. 4, T. 46 § 1º; Lei de 3 de novembro de 1827.

⁴⁶ B. Carneiro, L. 1º T. 13 § 127 nº 11; Aviso nº 491 de 21 de outubro de 1865 e nº 495 de 25 do mesmo mez e anno; Av. de 20 de julho de 1867 e circular da mesma data.

O casamento mixto é contraindo segundo as formalidades essenciaes do Concilio Tridentino. É portanto nos termos de nossa legislação um casamento valido.

⁴⁷ Lei nº 1144 de 11 de setembro de 1861 e decreto n. 3069 de 17 de abril de 1863.

⁴⁸ Cit. lei de 11 de setembro de 1861, art. 1º § 4; cit. reg. de 17 de abril de 1863, art. 9 e seguinte.

TITULO PRIMEIRO

Do casamento catholico

§ 11. *Porque lei é regulado a casamento entre os catholicos?*

Para que os casamentos dos catholicos possam ser recebidos como validos e produzir efeitos civis, é mister que sejam celebrados segundo a forma estabelecida pela igreja catholica. (§ 10).

Assim, pois, são entre nós reguladas pelo Direito Canonico as condições de idoneidade dos contrahentes catholicos, as solemnidades do acto e as questões de nullidade que lhe dizem respeito.

O casamento entre catholicos se inicia, se perfaz e termina no dominio do Direito Canonico: a lei temporal toma-o das mãos da igreja; recebe-o feito e acabado e marca-lhe tão sómente os efeitos civis.

§ 12. *Das qualidades e condições para se poder contrahir o matrimonio catholico.*

Tomando por base a natureza juridica e o caracter moral do casamento, as prescrições divinas e considerações duma ordem elevada, o Direito Canonico estabelece uma serie de condições sem o preenchimento das quaes o casamento não póde ser legalmente contrahido.

A falta de qualquer daquellas condições recebe o nome de *impedimento*.

Os impedimentos são ou *dirimentes* ou *prohibitivos*:⁴⁹

Dirimentes são aquelles cuja infracção acarreta a nullidade do casamento.⁵⁰

⁴⁹ Monte, Direito Eccl. § 936.

Proibitivos ou *impedientes* são os que, suposto sejam um embaraço legal á celebração do casamento, todavia não o invalidão, embora não tenham sido dispensados.⁵¹

Os *dirimentes* dividem-se em *absolutos* e *relativos*.

Absolutos se dizem os que importão inhabilidade para contrahir casamento com quem quer que seja.⁵²

Relativos são os que impedem o casamento com pessoa determinada.⁵³

§ 13. *Dirimentes absolutos sob a relação da capacidade.*

Não póde o casamento ser validamente celebrado, faltando á um ou á ambos os contrahentes capacidade para contrahi-lo.

Reputão-se *capazes* todos os que não são por lei declarados *incapazes*.

São incapazes de se casar:

1. Os impuberes (menores de quatorze annos, sendo homens; de doze, sendo do sexo feminino.)⁵⁴

2. Os impotentes;⁵⁵

3. Os castrados;⁵⁶

4. Os que já são casados;⁵⁷

⁵⁰ *Vetant facienda: facta retractant.*

⁵¹ *Impediunt fieri; farta tenent.*

⁵² Monte, § 943.

⁵³ Monte, § 943.

⁵⁴ C. 7.10. X. de desponsation. impub. (4.2.) Todavia precedendo licença, o impubere que está proximo á puberdade, pode casar *si malitia supplet aetatem*.

⁵⁵ C. 2. C. 33. q. 1. É mister que a impotencia seja incuravel, anterior ao casamento, e que tenha sido ignorada do outro contrahente. C. 2, 3,4, X. de frigidis. (4.15.)

⁵⁶ Const. Cum frequenter, Sixti V, an. 1589.

⁵⁷ S. Math. 19, 6.; C. 2. C. 34. q. 1.

5. Os clérigos de ordens sacras maiores;⁵⁸

6. Os que entram em religião aprovada e se ligam por voto solenne de castidade;⁵⁹

7. Os loucos de todo o genero enquanto perdurar a loucura.⁶⁰

§ 14. *Dirementos absolutos quanto ao consentimento.*

O casamento, suposto se distinga do contracto, tem por base o consentimento reciproco dos contrahentes.

O consentimento deve ser livre, serio e manifestado d'uma maneira inequivoca.⁶¹

É portanto nullo o casamento:

1º Se o consentimento d'um dos contrahentes foi extorquido por violencia (*vi*) ou por ameaça (*metu.*)⁶²

2º Se houve erro, fosse ou não filho de dolo, sobre a identidade da pessoa, ou sobre qualidade á ella inherente tal, que se fosse previamente conhecida, teria exercido, segundo presumpções razoáveis, decisiva influencia na deliberação do contrahente illudido, como é, por exemplo, a condição servil, a enfermidade de espirito.⁶³

⁵⁸ Concil. Trident. Sess. 24, canon de sacram. matrim. O recebimento de ordens sacras não annulla o casamento anterior, ainda mesmo não tendo sido consumado; a lei canonica, sómente pune aquelle que se ordena depois de casado. Const. unic. Extravag. Joan. XXII de voto, in VI.

⁵⁹ C. unic. de voto et vot. redempt. in VI (3. 5.) O voto solenne de castidade desfaz o casamento anterior, não estando ainda consumado. Concil. Trident., sess. cit. canon 6. É esta a unica hypothese em que o direito canonico estabelece differença entre casamento consumado e não consumado com effeito pratico.

⁶⁰ Mont. Droit. Eccles. § 945.

⁶¹ C 5. X. de sponsalib et matrim. (4.1.)

⁶² C. 6.15. X eod. tit.: " Metus qui potest in virum constantem cadere. Concil Trident. Sess. de reformat. matr.cap. 9; Fr. 1.2. 3. 5. D. quod metus causa (4. 2.): Metum accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem, sed maioris malitatis. "

⁶³ C. 2. X. de eo qui duxit in matr. (4.9) A respeito de erro sobre qualidade da pessoa a pratica é mui restricta e circumspecta.

Tanto nos casos de violência e ameaça como no de erro, póde a nullidade resultante ser sanada pela ulterior acquiescencia dos contrahentes, expressa ou tacita.⁶⁴

§ 15. *Dirimentes relativos.*

Estas proibições decorrem em primeiro lugar do parentesco.

Entre parentes o casamento é proibido:

1. Na linha recta, entre ascendentes e descendentes consanguineos *in infinitum*⁶⁵; entre afflins no 1º grau⁶⁶, e entre o adoptante e a adoptada.⁶⁷

2. Na linha collateral, entre os consanguineos ou afflins até o 4º gráo inclusivo⁶⁸; até o 2º sómente se a afinidade provém de copula illicita.⁶⁹

3. Entre homem e mulher vinculados pela quasi-afinidade que resulta do matrimonio rato. até o 4º gráo inclusive⁷⁰; sómente no 1º gráo, vindo a quasi-afinidade de esponsaes.⁷¹

4. Entre os que se achão ligados por parentesco espiritual.⁷²

⁶⁴ C. 2. X. de conjugio serv. (4. 9.); C. 21, de sponsalib. et matr. (4.1.)

⁶⁵ Fr. 53, D. de ritu nupt. (23. 2); § 1º J. de ritu nupt. (1,10); Cons. 17 C. de nupt. (5.4). Direito sempre aceito pela igreja catholica. Walter, § 304.

⁶⁶ Entre o padrasto e a enteada; a madrastra e o enteado; entre o sogro e a nora; a sogra e o genro. Pratica fundada em costume antiquissimo. Monte, § 971.

⁶⁷ O impedimento é perpetuo: não se extingue pela emancipação do adoptado. É igualmente perpetuo entre o adoptante e a mulher do adoptado, e entre a mulher do adoptante e o adoptado. Fr. 14 pr. e § 1º, D. de ritu nupt. (23. 2.) A adopção não está em uso entre nós.

⁶⁸ C. 9. X. do consanguin. et aff. (4. 14.) Cessa o impedimento, estando um dos contrahentes no 5º grau. C. 10, X. eod. tit.

⁶⁹ Concil. Trident. Sess. 24: de reformat, matr. cap. 4.

⁷⁰ Mont. § 973. Subsiste o impedimento, ainda que o matrimonio rato tenha sido julgado nullo, uma vez que não seja por falta de consentimento.

⁷¹ Concilio Trident. Sess. cit. cap. 3. O impedimento proveniente do esponsaes importa proibição no 1º grau assim na linha recta como na collateral.

⁷² Concil. Trident. Sess. cit. cap. 2. A cogação espiritual provem do *baptismo* e da *confirmação*: produz impedimento: 1º entre os padrinhos e afilhados, 2º entre os pais do baptisado e os padrinhos.

Vêm depois as proibições que resultão de certos factos criminosos, as quaes se podem reduzir aos impedimentos seguintes:

5. Entre o conjuge que mata o outro conjuge e o complice com quem concertára o crime para o fim de se casarem;⁷³

6. Entre o conjuge adultero e o seu complice, tendo havido promessa, ainda em vida do conjuge innocente, de se casarem;⁷⁴

7. Entre o conjuge adultero e o complice do adulterio, tendo sido a morte do conjuge innocente causada por um ou por ambos elles, para o fim de se casarem.⁷⁵

É ainda o casamento prohibido:

8. Entre o raptor e a raptada, salvo se a raptada, posta em liberdade, consente;⁷⁶

9. Entre catholicos e pessoas que não são baptisadas.⁷⁷

§ 16. *Impedimentos impedientes.*

No estado actual da disciplina da igreja, achão-se estes impedimentos reduzidos aos seguintes:

1. Voto simples de castidade;⁷⁸

2. Esponsaes validos;⁷⁹

3. Disparidade de culto (entre catholico e herege.)⁸⁰

⁷³ C. 1. X. de conversionib. infidelium (3. 33.) Homicidio sem adulterio.

⁷⁴ C. 4. C. 33. q. 1. Adulterio e promessa de casamento.

⁷⁵ Gratian. ao C. 1. C, 33. q. 1. Adulterio e homicidio.

⁷⁶ C. 7. X. de raptorib. (5.17.)

⁷⁷ C. 17. C. 28. q. 1.; Const. " Singularis nobis. " Benedict. XIV § 9 e 10.

⁷⁸ C. 9. C. 27. q. 1. Voto de entrar em religião, de tomar ordens, de não casar.

⁷⁹ C. 31. X. de sponsalib. (4. 1); C. 12, X. de despons. impuber. (4. 2). Os esponsaes constituem impedimento á um dos esposos para casar com pessoa que não seja o seu esposo.

⁸⁰ C. 16. C. 28. q. 1.; Bened. XIV de synodo diocesana, L. 6. cap. 5.

4. Proibição da autoridade ecclesiastica competente, para não celebrar-se o casamento antes da solução de dificuldades sobrevindas.⁸¹

§ 17. *Dispensa dos impedimentos.*

Não são dispensáveis os impedimentos de direito natural e os que foram instituídos por direito divino.⁸²

Não podem, portanto, ser dispensados:

1. A falta de idade, a impotencia em certas circunstancias e o parentesco consanguíneo na linha recta.⁸³

2. O duplo crime de adultério e homicídio, (§ 15, n. 7.)⁸⁴

3. A proibição de contrair segundas núpcias na constância do primeiro matrimónio.⁸⁵

Nos casos em que é permitida, a dispensa não deve ser concedida senão por causa justa e grave.⁸⁶

Pertence ao Summo Pontifice o direito de dispensar os impedimentos dirimentes, e entre os *prohibitivos*, os provenientes de esponsaes e voto simples de castidade.⁸⁷

Todavia, em atenção á distancia das dioceses, a Santa Sé delega ordinariamente este poder aos bispos, reservando-se a dispensa dos mais graves.⁸⁸

⁸¹ C. 1, 3. X. de matrim. contr. interdct. (4, 16); C. 3. X. de clandest, desp. (4. 3).

Classificação os canonistas entre os impedimentos impedientes: a falta de consentimento dos pais e mães (Concil. Trident. Sess. 24 de reformat. Matr. cap. 1º); a proibição de celebrar-se o casamento no advento e na quaresma (Concil. Trident. loc. cit. cap. 10); a omissão das denúncias; a ignorância da doutrina cristã, etc.

⁸² Mont. § 1015.

⁸³ Mont. citado.

⁸⁴ Bened, XIV. Epistol. ad Igu. Realem, § 13, 14, 15.

⁸⁵ Mont. cit. § 1015.

⁸⁶ Concil. Trident. Sess. 24, de reformat. matr. cap. 5.

⁸⁷ Walter, § 309; Mont. § 1017 e 1018.

⁸⁸ Walter, loc. cit.

§ 18. *Solemnidades externas do casamento catholico.*

Com o fim de dár ao casamento a necessaria publicidade, de assegurar o livre consentimento dos contrahentes e authenticar o acto, communicando-lhe a certeza de que ha mister, o Concilio Tridentino estatuiu para a celebração do matrimonio certas formalidades que devem ser rigorosamente observadas.

Estas formalidades são em summa as seguintes:

1. Deve o casamento ser precedido de tres denuncias (*banhos,proclamas*) feitas pelo parocho do domicilio de cada um dos dos contrahentes, na matriz, por o ocasião da missa, em tres dias lidos.⁸⁹

Taes denunciaciones podem ser reduzidas á uma só ou adeadas oa totalmente dispensadas, ao prudente arbitrio do ordinario.⁹⁰

2. A manifestação ao sacerdote do livre e mutuo consentimento dos contrahentes, expressada, regularmente por palavras, ou por signal inequivoco.⁹¹

3. A presença simultanea do parocho (proprio d'um dos contrahentes, oa de ambos, ou de sacerdote authorisado pelo parocho ou pelo bispo) e de duas testemunhas, ao menos.⁹²

4. A benção nupcial, formalidade aconselhada pelo Concilio, mas sem character substancial.⁹³

Do casamento nesta conformidade celebrado deve o parocho lavrar em livro competente o assentamento, no qual se hão de declarar os

Ainda sem delegação, podem os bispos dispensar impedimentos dirimentes nos casos graves e urgentissimos. Mont. § 1018.

A dispensa pode ser concedida depois de celebrado e consumado o matrimonio. Acerca do processo da revalidação do casamento, vej. Mont. § 1025 e seg.

⁸⁹ Conc. Trident. Sess. 24, do reform. matrim. cap. 1º

⁹⁰ Concil. Trident., cit. cap. 1º

⁹¹ Viro et muliere interrogatis et eorum mutuo consensu intellecto. Concil. cit. cap. 1º

⁹² Concil. Trid., cit. cap. 1º verb: Qui aliter quam presente parocho....

⁹³ Concil, cit. cap. 1º: "Proeterea eadem sancta synodus hortatur."

nomes dos conjugues e das testemunhas, e o dia o o lugar em que se passou o acto!⁹⁴

A presença simultanea do parcho competente e de duas testemunhas é formalidade substancial, cuja infracção acarreta inevitavelmente a nullidade do casamento.⁹⁵

§ 19. *Casamento clandestino.*

Antes do Concilio Tridentino erão tolerados os casamentos *clandestinos*.

Desta pratica resultavão gravissimos abusos: o sigillo que envolvia o acto, facilitava a bigamia, e a falta de authenticidade deixava na incerteza a constituição da familia.

Este estado de cousas reclamava energicas providencias.

Sob a pressão de motivos tão ponderosos e em attenção á sollicitação de diversos soberanos, o Concilio declarou para sempre irritos e nullos os casamentos eivados do vicio da clandestinidade.⁹⁶

Na accepção juridica casamentos clandestinos se dizem aquelles que são contrahidos sem a presença simultanea do sacerdote competente e de duas testemunhas ao menos. (§ 17, n. 3)

⁹⁴ Concil.Trident., cit. cap. 1º

⁹⁵ Concil Trident. Cit. cap. 1º: "Qui aliter quam presente parcho..."
Veja-se Mont. § 908 e seguintes.

⁹⁶ Concil. Trident. Sess. 24 de reformat. matr. cap. 1.: "Qui aliter quam presente parcho vel alio sacerdote de ipsius parochi seu ordinarii licentia et duobus vel tribus testibus, matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles, reddit et hujnsmodi contractus irritos et nullos decernit prout eos presente decreto irritos facit et annullat."

O Concilio authorisa o Ordinario a punir com severas penas aos que contrahirem matrimonio clandestino, ao parcho que com menor numero de testemunhas e as testemunhas que sem o parcho, assistirem ao acto. Cit. cap. 1º

A lei de 13 de novembro de 1661, dada á sollicitação das Cortes, infligia rigoroso castigo aos contrahentes e á todas pessoas que houvessem cooperado para o casamento clandestino.

Esta lei acha-se hoje derogada peio art. 248 do cod. crim. do Imperio, o qual prohibe contrahir matrimonio clandestino, sob pena de prisão de dous mezes a um anno.

Assim que o casamento é clandestino:

1. Quando é contraindo sem a assistencia do sacerdote competente e das testemunhas;
2. Ou quando com a assistencia do sacerdote mas sem a presença das testemunhas em numero legal;
3. Ou quando em presença das testemunhas mas sem o parocho.⁹⁷

TITULO SEGUNDO

Do casamento mixto

§ 20. *Por que direito é regulada a forma do casamento mixto?*

Os casamentos entre catholicos e pessoas pertencentes ás religiões dissidentes não são validos perante o nosso Direito Civil senão quando celebrados de conformidade com as prescripções da igreja catholica. (§ 10. n. 2.)

§ 21. *Condições para permissão do casamento mixto.*

Posto nos primeiros seculos a Igreja houvesse declarado puniveis⁹⁸ os casamentos mistos, pela desharmonia que ao seio da

⁹⁷ Ha uma especie de casamento occulto, conhecido sob o nome de *casamento de consciencia*. É contrahido em segredo, mas não é clandestino, porque em sua celebração guarda-se a formalidade substancial da presença de parocho e testemunhas. (Const. Bernd. XIV, Satis vobis, § 1º e seg. an. 1741.) Pois que é celebrado conforme as prescripções do Concil. Tridentino, é valido perante o nosso direito.

O casamento *salio* ou *morganatico*, contrahido segundo o Concilio de Trento, é valido.

As clausulas civis, porém, que o acompanhão e lhe dão uma feição singular, taes como — a prohibição de participar a mulher da dignidade do marido, as exclusões dos filhos da successão paterna — não valem diante do nosso direito, por contrarias á disposições de lei que os contrahentes não podem revogar. E pois taes clausulas reputão-se nullas e como se não forão escriptas, subsistindo no entanto o casamento com os seus effeitos legaes. Mello, L. 2, T. 5, § 8 nota.

⁹⁸ C. 16.C 28. q.1.

sociedade conjugal podião levar convicções religiosas divergentes, cedeu a final á força das circunstancias e condescendeu em permiti-los.

Esta permissão, porém, não é dada senão quando ocorrem motivos graves e sob garantias tendentes á resguardar de erro a fé do conjuge catholico e a educação dos filhos.

Assim que a Igreja só concede a dispensa precisa e consente na assistencia do sacerdote catholico, precedendo as cautelas seguintes:

1º Ser a parte catholica admoestada para esforçar-se quanto em si couber por converter á sua fé a parte acatholica.

2º Prometter o contrahente acatholico sob juramento:

a) Não impedir ao contrahente catholico a livre pratica de sua religião;

b) Consentir em que sejam educados os filhos d'um e d'outro sexo nos principios da religião catholica.⁹⁹

§ 22. *Dos impedimentos em relação ao casamento mixto.*

São applicaveis á esta espécie de casamento as disposições de Direito Canonico que regulão os impedimentos do casamento catholico.

É, porém, de notar que, por isso que os casamentos mixtos não são favorecidos da Igreja, não é de uso se dispensarem para elles as prohibições provenientes de parentesco, nem quaesquer outros impedimentos dirimentes.¹⁰⁰

§ 23. *Solemnidades externas.*

Diverge do cerimonial da celebração do casamento catholico, o modo pratico de realizar-se o casamento mixto.¹⁰¹

⁹⁹ Benedict. XIV. desyn.dioeces. L.6. cap. 5; L. 9. cap. 3; Const. Litteris Pii VIII. an. 1830. Mont. § 982.

¹⁰⁰ Mont., § 982.

¹⁰¹ Mont., § 983.

São, porém, guardadas, sob pena de nullidade, as solemnidades substantiaes ordenadas pelo Concilio de Trento, á saber: a manifestação do consentimento dos contrahentes na presença simultanea do parocho e de duas testemunhas.¹⁰²

Devem preceder as tres denunciações de estylo.

TITULO TERCEIRO

Do casamento acatholico

§ 24. *Em que condições esta forma de casamento é aceita.*

Para que os casamentos entre pessoas que professão religião differente da catholica possam ser recebidos como validos perante o nosso Direito, é mister que sejam celebrados segundo os usos e as prescripções das respectivas communhões e conforme as disposições da lei que lhes deu sancção civil.¹⁰³

§ 25. *Dos impedimentos.*

O casamento acatholico não pode ser validamente celebrado, se entre os contrahentes se dêr impedimento que, segundo o Direito Canonico, obsta ao casamento catholico.¹⁰⁴

Todavia não se comprehendem nesta regra os impedimentos que, por provirem exclusivamente das instituições catholicas, não podem

¹⁰² Haereticos quoque ubi decretum dicti cap. I. est promulgatum, *teneri talem formam* observare et praeterea ipsorum etiam matrimonia *absque forma* concilii, quamvis coram ministro hoeretico vel magistratu loci contracta, nulla atque irrita esse. Declar. da S. Congreg. do Concil. de 19 de janeiro de 1605.

¹⁰³ Lei n. 1144 de 11 de setembro de 1861 e decreto n. 3069 de 17 de abril de 1863.

¹⁰⁴ Lei do 11 de setembro de 1861, art. 1º § 4; Decreto de 17 de abril de 1863, art. 7.



ser applicaveis á contrahentes de religião differente, como são o que resulta da entrada em religião approvada e os impedientes.¹⁰⁵

Para estes casamentos são dispensaveis os impedimentos nos mesmos casos em que podem se-lo para o casamento catholico.¹⁰⁶

Na concessão das dispensas deve se attender aos usos e prescripções da religião dos contrahentes no que forem compativeis com as praticas da Igreja catholica.¹⁰⁷

Compete a faculdade de conceder taes dispensas, na Corte ao governo imperial, nas provincias aos presidentes.¹⁰⁸

§ 26. *Solemnidades externas.*

É mister que precedão denunciações segundo o estilo ou prercripção da religião dos contrahentes.¹⁰⁹

Estas denunciaçdes podem ser dispensadas pelo juiz municipal do lugar, mediante justificação d'alguma das causas pelas quaes o Direito Canonico permite taes dispensas.¹¹⁰

¹⁰⁵ Lei cit., ibidem: "naquillo que lhes possa ser applicável"; Decret. cit., art. 7.

Constituirá o caracter de ministro ou pastor das religiões dissidentes o impedimento *ordinis*? Parece que não. O ministro de taes religiões não é aceito como sacerdote perante a igreja catholica. O seu caracter, pois, não pode constituir o impedimento *ordinis*, o qual á luz do Direito Ecclesiastico só resulta do recebimento das ordens sagradas maiores segundo o rito catholico.

¹⁰⁶ Cit. Decret. art. 7.

A dispensa do impedimento, concedida depois de contraindo o casamento, sana o vicio original, sem necessidade de revalidação em forma. Os effeitos civis nesta *hypothesa* entendem-se começar á existir desde a data da celebração. Art. 18 do Decret.

¹⁰⁷ Decret. art. 17.

¹⁰⁸ Decret. art. 17.

¹⁰⁹ Decret., art. 56.

¹¹⁰ Cit. Decret. art. 57.

A falta das denunciações não induz nullidade. Decret. art. 50.

Sendo opposto qualquer, impedimento á celebração do casamento, deve o ministro sem embargo proseguir nas denunciações até se concluirem; mas o casamento ficará suspenso até que se prove ter sido o impedimento dispensando ou julgado improcedente. Art. 58 do Decret.

Ao juiz municipal compete tomar conhecimento da opposição, procedendo por via *summária* com audiencia dos interessados. De sua decisão cabe *appellacão* com effeito suspensivo para o juiz de direito da comarca. Decret., art. 59.

O acto, sob pena de nullidade, deve ser celebrado conforme os ritos ou prescrições da religião dos contrahentes, com assistencia do ministro ou pastor competente, revestido das qualificações necessarias para validamente exercitar suas funções¹¹¹, e na presença de duas testemunhas.¹¹²

Do casamento contrahido nesta conformidade cumpre ao ministro lavrar certidão ¹¹³ com as declarações legaes e registra-la dentro d'um mez no livro competente.¹¹⁴

TITULO QUARTO

Regras de direito applicaveis á todas as formas de casamento.

§ 27. *Do consentimento previo para o casamento.*

Se os contrahentes não tocarão ainda ao completo desenvolvimento de sua razão, ou se estão sob a dependencia de outrem, exige a lei civil, como condição previa para a celebração das nupcias, — o

Não é mister advertir que a jurisdição do juiz municipal limita-se a verificar simplesmente a existencia do impedimento.

¹¹¹ Lei, art. 1º § 2; Decreto, art. 5. § 1 e 2.

Estão especificadas no cap. 4 do Decreto citado as condições necessarias para que os ministros das religiões dissidentes possam praticar legalmente os actos de sua competencia, a saber: a nomeação ou eleição do ministro ha de ser feita segundo os usos ou prescrições da religião respectiva, e o titulo deve ser registrado na secretaria de estado do Imperio ou nadas presidencias de provincia, segundo o pastor reside na corte ou nas provincias. Art. 52 do Decret.

Se a nomeação é feita no estrangeiro, o titulo deve vir authenticado pelo consul brasileiro. Art. 53.

¹¹²Decreto, art. 37 § 6. Esta disposição é uma consequencia necessaria do § 4 do art. 1º da lei. A clandestinidade é quailificada pelo Direito Canonico como pertencente á classe dos impedimentos dirimentes; portanto entra virtualmente na comprehensão do dito § 4.

¹¹³ Decreto, cit. art. 36. A certidão deve conter as declarações ennumeradas no art. 37. A ommissão de qualquer daquellas declarações, pode ser reparada pela forma estabelecida no art. 38.

¹¹⁴ Lei, art. 1º § 3; Decret., art. 5 § 3.

A lei exige o registro, não como *substancia* do acto, senão como necessario *ad probandum* "comtanto que o acto religioso seja *provado* pelo competente registro."

Consiste o registro na transcrição *verbo ad verbum* da certidão authentica passada pelo ministro. Art. 36 do Decret.

Registrada a certidão dentro do praso legal (um mez), subsistem os effeitos civis do casamento desde a data da celebração; registrada depois do dito praso, os effeitos em relação á terceiro só se reputão existir da data do registro. Art. 6 e 40 do Decret.

consentimento das pessoas sob cujo poder vivem, para dar ao acto o cunho de reflexão e tornar effectivo o cumprimento de certos deveres de respeito e obediência.

Assim que, não podem os filhos famílias e os menores de vinte um annos contrahir matrimonio, sem consentimento, a saber:

1º Os filhos famílias, qualquer que seja a sua idade, sem o consentimento do pae;¹¹⁵

2º O menor que foi pelo pae demittido do patrio poder, sem o consentimento do proprio pae, que fica sendo o seu tutor;¹¹⁶

3º Os menores, orfãos de pae, sem o consentimento do tutor ou do juiz de orfãos;¹¹⁷

4º Os menores, filhos illegitimos, reconhecidos ou legitimados, sem o consentimento de seus paes;¹¹⁸

5º E, finalmente, o soldado de linha sem licença do chefe de seu corpo.¹¹⁹

¹¹⁵ Assento de 9 de abril de 1772, § 2, n. 5; Lei de 6 de outubro de 1784. O dito Ass. foi confirmado pelo Alvará de 29 de agosto de 1776; portanto a sua doutrina prevalece contra as disposições das leis de 19 de junho e 29 de novembro de 1775.

Quando o pae está impedido de exercer o patrio poder (§ 119) o consentimento deve ser dado pelo tutor do filho.

As palavras da citada lei de 6 de outubro, § 4: "*os filhos famílias e os menores até a idade de 25 annos (hoje vinte um) sem o consentimento de seus paes, tutores ou curadores*" alludem: 1º ao filho famílias qualquer que seja a sua idade (confira-se o § 6) 2º ao filho famílias que se acha sob tutela por ser menor e estar o pae impedido de exercer o patrio poder; 3º ao filho famílias menor demittido do patrio poder; 4º ao menor, orfão de pae.

Não está em uso no foro exigir-se o consentimento das mães. Parece que esta pratica foi consagrada pela lei de 22 de setembro de 1828, art. 2 § 4 e Reg. de 15 de março de 1842, art. 5 § 5, os quaes só fallão de consentimento do pae ou tutor. Not. (1) ao art. 101 da Consolidação das Leis Civis.

¹¹⁶ O filho famílias, ainda menor, pode ser pelo pae voluntariamente demittido do patrio poder. Provis. de 25 de setembro de 1787. Veja-se § 145.

O § 6 da lei de 6 de outubro de 1784 só exime da necessidade de pedir consentimento, aos filhos *maiores*; portanto os menores demittidos do patrio poder estão virtualmente comprehendidos na disposição do § 4.

¹¹⁷ Ord. L. 1º T. 88 § 19; cit. Lei de 6 de outubro, § 4.

¹¹⁸ Cit. Assento de 9 de abril de 1772 § 3; citada Lei de 6 de outubro, § 6. A generalidade do § 6 isentando á todos os maiores da necessidade de pedir consentimento aos paes, comprehende tambem os filhos illegitimos, e assim restringe a Disposição do § 3 do Ass.

Os maiores de vinte um annos só são obrigados a sollicitar o assentimento dos paes como um mero conselho; e, pois, se se casão a despeito da negação do consentimento pedido, não incorrem em pena alguma.¹²⁰

Nos casos em que o consentimento é necessario, se for negado, póde o filho familias, ou o menor recorrer para o Juiz de orfãos do lugar, ao qual, depois de ouvir as partes interessadas e de informar-se dos motivos allegados ¹²¹, compete julgar de plano pela verdade sabida, concedendo ou denegando a licença pedida. Da decisão do juiz cabe sempre o recurso de agravo de petição.¹²²

A falta do consentimento, ou porque não foi sollicitado ou porque foi recusado, não acarreta a nullidade do casamento; mas os contrahentes incorrem em certas penas, a saber:

O filho familias, na pena de desherdação e privação de alimentos, á arbitrio do pae¹²³: (se é filha familias sómente soffre aquellas penas casando-se antes de completar vinte um annos)¹²⁴;

O menor de vinte um annos demittido do patrio pouder, nas mesmas penas ¹²⁵;

¹¹⁹ Art. 27 cap. 26 do Regim. confirmado pelo Alv. de 18 de fevereiro de 1673.

¹²⁰ Cit. Lei de 6 de outubro, § 6.

¹²¹ Não estão definidos por lei, a excepção do caso de desigualdade de condição e fortuna (L. 1º Tit. 88 § 19) os motivos justos para negação do consentimento.

Reputão-se justos e fundados os seguintes motivos: existencia de impedimento legal; perigo de saude do menor; maus costumes, como embriaguez habitual, paixão immoderada do jogo; falta de meios para sustentar os encargos do matrimonio.

¹²² Cit. Lei. de 6 de outubro, § 4 e 6; Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2 § 4; Reg. de 15 de março de 1842, art. 5, § 5. Este agravo é sempre de petição, qualquer que seja a distancia em que esteja o juiz superior. Lei de 25 de novembro de 1775 § 4; Assento de 10 de junho de 1775; cit, Decr. de 15 de março de 1842, act. 15 § 12.

¹²³ Cit. Assento de 9 de abril de 1772 § 2 n. 5; cit. Lei de 6 de outubro, § 4.

¹²⁴ Cit. Ass. *ibidem*, ord. L. 4. T. 88 § 1. 2. 3. Em relação á, filha, familias a pena de desherdação varia quanto á applicação e effeitos, segundo as circumstancias occorrentes nos termos da cit. Ord.

¹²⁵ Assent. cit. § 2, n. 5. O Ass. impõe a pena de derherdação e perda de alimentos a todos os filhos legitimos menores que se casão sem o consentimento do pai.

Os menores, orfãos de pae, se o casamento é desigual, na de ficarem privados da administração de seus bens até completarem vinte annos¹²⁶;

Os menores, filhos illegitimos, reconhecidos ou legitimados, na de desherdação e privação de alimentos.¹²⁷

Nos casos acima ennumerados, a perda do direito de pedir alimentos aos paes importa igualmente a perda do direito de pedi-los aos irmãos.¹²⁸

§ 28. Proibição de celebrarem-se casamentos contra as leis do imperio.

Não é licito celebrar-se matrimonio, qualquer que seja a sua forma, contra as leis do imperio.

A infracção de semelhantes leis faz incorrer em pena criminal o ecclesiastico ou o ministro que assiste ao acto.¹²⁹

Assim que: incide na culpa notada o sacerdote que recebe em matrimonio os contrahentes, verificando-se qualquer das faltas seguintes:

1º Se não precedeu consentimento do pae ou tutor, nos casos em que é necessario.

2º Se não forão feitas as denunciações do estilo, não tendo havido dispensa legal.¹³⁰

3º Se existião impedimentos dos que não são dispensaveis, ou que o sendo, todavia não forão dispensados.

¹²⁶ Ord. L. 1º T. .88 § 19. É a única pena em que incorre o menor orphão de pai, que casa sem consentimento do tutor ou do juiz.

¹²⁷ Cit. Ass. § 3; lei de 6 de outubro, § 6.

¹²⁸ Cit. Ass. § 6 e 7.

¹²⁹ Art. 247 do Cod. Crim.; art. 56 do Decreto de 17 de abril de 1863; Avis. de 20 de julho de 1867.

¹³⁰ As denunciações podem ser feitas antes da apresentação do consentimento do pai; Decreto de 15 de maio de 1778, que revogou o Avis. Circular de 10 de janeiro de 1771.

A clandestinidade importa violação da mais importante formalidade externa do casamento.

São d'uma natureza grave as consequências que della resultão em relação á tranquillidade das famílias.

Dahi provém que a lei pune com pena especial os que contratem casamento clandestinamente.¹³¹

É, porém, de notar que a justiça criminal não pode tomar conhecimento da clandestinidade antes della ser declarada pelo juizo competente.¹³²

§ 29. *Dos casamentos celebrados fora do imperio.*

As questões relativas aos casamentos contrahidos fora do imperio são resolvidas por principios differentes, segundo a relação de direito sob a qual são esses casamentos considerados.

1. A forma exterior é, no geral, regida pela lei do lugar, onde é o matrimonio contraindo: *lex loci regit actum*.¹³³

2. As solemnidades internas (capacidade, impedimentos,) e os efeitos civis são determinados pela lei do domicilio do marido.¹³⁴

3. No que é relativo aos efeitos civis sobre os immoveis, a doutrina exposta soffre modificações causadas pela influencia da lei onde estão situados os immoveis: *lex loci rei sitae*.¹³⁵

¹³¹ Art. 248 do cit. Cod. Crim., o qual derogou a lei de 13 de novembro de 1861, na parte penal.

¹³² Cit. Lei de 13 de novembro de 1651. Se o casamento é catholico ou mixto, é competente para julgar da clandestinidade o juiz ecclesiastico; se acatholico o juiz de direito. Art. 9 Decret. de 17 de abril de 1863.

O juizo ecclesiastico, segundo o testemunho dos antigos escriptores, se recusou sempre á dar certidão do julgamento da clandestinidade.

¹³³ Felix, Droit International Privé, L. 2, T. 1, cap. 1º n. 73; Dr. Perdigão, Manual, nota 1431.

¹³⁴ Felix, loc. cit., n. 88 e 90.

¹³⁵ Demangeat, nota á Felix n. 90, pag. 194.

O Direito Patrio, tal como o constituíram as disposições de leis recentes, a elaboração científica e a prática de julgar, é, acerca desta matéria, o seguinte:

I. CASAMENTOS ENTRE ESTRANGEIROS CELEBRADOS FORA DO IMPERIO. — São recebidos como válidos perante o nosso Direito os casamentos entre estrangeiros ou entre estrangeiro e brasileira contrahidos fora do Imperio, com tanto que sejam celebrados, quanto á *forma*, segundo as leis e usos do lugar ¹³⁶, e quanto á *capacidade e impedimentos* conforme ás leis do domicilio dos contrahentes. ¹³⁷

Os efeitos civis de taes casamentos em relação aos conjuges aos filhos e aos bens, são determinados pelas leis do domicilio do marido ao tempo da celebração do acto. ¹³⁸

A mudança posterior de domicilio não altera em nada aquelles efeitos, fixados d'uma vez pela lei segundo a qual foi constituído o acto de que resultão. ¹³⁹

Pelo que diz respeito aos bens de raiz situados no Imperio, as disposições das leis estrangeiras recebem uma restricção e vem á ser: — que não podem ter execução na parte em que por ventura importem alteração no systema de organização da propriedade consagrado pelo Direito Patrio. ¹⁴⁰

¹³⁶ Lei de 11 de novembro de 1861, art. 1º § 1º e 2º; Felix, cit. n. 73.

¹³⁷ Lei de 1º de setembro de 1860, art. 1º § 1º; cit. lei de 11 de setembro de 1861, art. 1º § 1º e 2º; Decreto de 17 de abril de 1863, art. 1º e 2º. A capacidade para o casamento e os impedimentos pertencem á alçada do Estatuto Pessoal.

¹³⁸ Valasc. Consult. 138, n. 11: " Matrimonium transit uxorem ad originem mariti. " Cabedo, Decis. 165 n. 3: " Quando enim mulier contraxit matrimonium.... censetur contraxisse secundum consuetudinem regni viri." P. Bueno Direit. Inter. Privad., n. 111 3º, B. Carn. L. 1º T. 13 § 127 n. 5.

¹³⁹ Felix, L. 2º n. 91; P. Bueno, Direit. Int. n. 112; Dig. Port. P. II art. 270.

¹⁴⁰ Demangeat, nota ao n. 90 de Felix cit. pag., 195; B. Carneiro. L. 1º T. 2º § 27 n. 6 nota (a). Assim que se em contracto antenupcial se estipulasse em Portugal a instituição de um morgado no Imperio, semelhante clausula seria nulla, por contraria a lei que aboliu entre nós os morgados. As disposições, porém, das leis estrangeiras que regulão o direito dos conjuges sobre os bens, como as que regem o dote, a communhão, são exequíveis no Imperio.

II CASAMENTOS ENTRE BRASILEIROS CELEBRADOS FORA DO IMPERIO. — São recebidos como validos:

1º O casamento catholico e o mixto, entre brasileiros ou entre brasileiro e estrangeira, contrahidos em paez estrangeiro, quando em sua celebração forem guardadas as solemnidades substanciaes, internas e externas, estabelecidas pela lei canonica aceita no Imperio.¹⁴¹

2º Os casamentos entre pessoas que não professão a religião catholica quando tiverem sido celebrados de conformidade com os ritos e prescrições das respectivas religiões.¹⁴²

Os casamentos celebrados nos termos ditos produzem os mesmos effeitos civis que os casamentos contrahidos no Imperio.

§ 30. *Como se provão os casamentos.*

I.— CONTRAHIDOS NO IMPERIO.— O casamento catholico prova-se regularmente por certidão extrahida do livro ecclesiastico competente.¹⁴³

Na impossibilidade de obter-se a certidão, ou porque o assento não fosse feito em tempo, ou por se ter perdido o livro, aceitão-se como prova as certidões extrahidas dos assentamentos, posteriormente abertos

¹⁴¹ Savigny, Droit Rom. rol. 8 pag. 352; Demangeat, nota (a) ao n. 73 de Felix; Pimenta Bueno, n. 111. O Direito Patrio não aceita como validos o casamento catholico e o mixto senão celebrados na forma estabelecida pela Igreja Catholica. A lei reveste acerca deste assumpto um caracter rigorosamente obrigatorio e não póde deixar de produzir o seu effeito em relação as pessoas que sendo domiciliadas no Imperio se casão no estrangeiro. Assim o casamento civil contraindo por brasileiros em paiz onde tal forma de casamento é permittida, não vale perante o nosso Direito. Vej. os arts. 171, 179 e 180 do Reg. 11 de junho de 1847.

¹⁴² Lei de 11 de setembro de 1861, art. 1º § 1º; Decreto de 17 de abril de 1863, art. 1 e 2

Cumprê notar que se o casamento fôr entre brasileiro e estrangeira, as condições de capacidade e os impedimentos quanto á mulher são regulados pela lei do dimicilio della, P. Bueno, n. 111, 2º

¹⁴³ Ord. L. 3, T. 25 § 5; L. 4, T. 46 § 1º; Concilio Trident. Sesss. 24 de reformat, matr. cap. 1.

em virtude de sentença proferida pelo juízo ecclesiastico em justificação perante elle dada, segundo os estilos dos bispados.¹⁴⁴

Sem embargo, pode a prova ser feita por instrumento publico¹⁴⁵ e até pelo depoimento de testemunhas.¹⁴⁶

Tem applicação ao casamento mixto a doutrina exposta.

O casamento acatholico não pode ser provado senão por via de certidão extrahida do livro respectivo.¹⁴⁷

Todavia, extraviado o livro do registro, é permittido aos interessados provarem o casamento pelos meios admittidos em direito para supprir o desaparecimento de instrumentos publicos.¹⁴⁸

II.— CONTRAHIDOS ENTRE NACIONAES FORA DO IMPERIO.—

O casamento catholico e o mixto celebrados em paez estrangeiro provão-se ou por certidão extrahida do livro competente do consulado ¹⁴⁹, ou por certidão passada em forma legal pelo ecclesiastico que houver funcionado no acto e legalisada pelo consul.¹⁵⁰

O casamento acatholico prova-se por documentos donde conste a sua celebração, passados na forma do rito ou leis do respectivo paez.¹⁵¹

¹⁴⁴ Lobão, Not. á Mello, L. 2 T. 6 § 2º n. 3: Veja-se o Decreto n. 3607 de 10 de fev. de 1866, art. 4, § 6.

¹⁴⁵ Cit. Ord. L. 3 T. 25 § 5.

¹⁴⁶ Silva, ad ord. L. 3, T. 59, § 21; Thom. Valas. Allegation. 72, a. 105 e 106; Lobão, Not. a Mello, loc. cit.

¹⁴⁷ Lei de 11 de Setemb. de 1861, art. 1º § 3; Decreto de 17 de abril de 1863, art. 5 § 3. Os casamentos desta especie, celebrados no imperio antes da promulgação da citada lei de 11 de setemb. de 1861, provão-se pelas certidões passadas pelo ministro ou pastor, donde conste a celebração do acto religioso (Art. 9 § 2 da Lei, art. 4 do Decret.) Estas certidões podem ser lançadas no livro do registro na forma do art. 42 do Decreto.

¹⁴⁸ Decreto de 17 de abril de 1863, art. 41; Ord. L. 3 T. 60 § 6; Pereira e Souza, Prim. Linh. not. 475. Este principio abrange até o caso em que a escriptura é da substancia do contracto. Valasc. Emphyt. q. 7 n. 38.

¹⁴⁹ Decreto de 11 de junho de 1847, art. 180.

¹⁵⁰ Cit. Decreto de 17 de abril de 1863, art. 2.

¹⁵¹ Cit. Decret. *Ibidem*.

Se os ditos documentos forem registrados no Imperio nos livros competentes, as certidões que delles se extrahirem fazem prova em juizo.¹⁵²

III. — CONTRAHIDOS ENTRE ESTRANGEIROS FORA DO IMPERIO — Os, casamentos entre estrangeiros, celebrados fora do Imperio, provão-se por documentos passados na forma dos estilos ou leis do lugar da celebração, authenticateds pelo consul.¹⁵³

§ 31. *Da nullidade do casamento.*

I. Os casamentos catholicos e mixtos são actos em cuja geração não intervem o poder civil. Elle os recebe perfeitos e acabados das mãos da Igreja, e, tomando-os como factos consumados, lhes marca os effeitos juridicos na sociedade temporal. (§ 11)

Assim que: os casamentos catholicos e mixtos só são validos perante o Direito Patrio, quando o são segundo a lei canonica.

Deste presuposto resulta:

Que só o poudet espirital é o competente para tomar conhecimento e julgar da nullidade de taes casamentos.¹⁵⁴

Mas como o poudet judiciario não pode reconhecer os effeitos civis dos casamentos sem a prova de sua celebração, segue-se: que, suposto não lhe seja permittido entrar na questão da validade, tem todavia competencia para julgar da existencia do casamento, como facto de que resultão direitos sujeitos á sua alçada.¹⁵⁵

¹⁵² Cit. Decret., art. 42.

¹⁵³ Cit. Decret., art. 2.

¹⁵⁴ Ord. L. 5 T. 19; Lei de 13 de novembro de 1651; Mello L. 1 T. 5, § 45; Avis. de 12 de setembro de 1835 e de 6 de abril de 1850.

¹⁵⁵ Ord. L. 3 T. 25 § 5º; L. 4 T. 46 § 1º

Se occorre no decurso de causa civil questão acerca da Validade do casamento, não é licito ao juiz secular por força do principio exposto, decidi-la, mas deve referi-la ao poder espirital, suspenso no entanto o andamento da acção. Valasc. Consult. 159. Remettem-se ao juizo ecclesiastico os proprios autos.

II. O conhecimento e a decisão da nullidade dos casamentos entre pessoas que não professão a religião catholica, compete ao juiz de direito do domicilio conjugal.¹⁵⁶

III. A declaração de nullidade do casamento, qualquer que seja a sua forma, importa o aniquilamento de todos os seus effeitos, tornando-o irrito e nullo desde a data da celebração. Diante da lei o casamento é havido como se nunca tivera existido: desfaz-se o poudere marital e o patrio; reputão-se illegitimos os filhos; cada conjuge recupera os bens que trouxera para o casal.¹⁵⁷

TITULO QUINTO

Da dissolução da sociedade conjugal.

§ 32. *Modos pelos quaes se dissolve a sociedade conjugal.*

A sociedade conjugal termina:

¹⁵⁶ Decreto de 17 de abril de 1863, art 9 e seg.

A nullidade deve ser pedida por acção ordinaria, observando-se no que for applicavel, a pratica seguida no foro ecclesiastico.

Nomea-se curador para defender a validade do casamento assim na primeira como na segunda instancia. Art. 10.11 e 12 do cit. Decreto.

A nullidade, se provem de impedimento publico, póde ser demandada 1º, por qualquer dos conjugues; 2º, por quem tiver interesse na questão; 3º, pelo promotor publico da comarca: se de impedimento privado, só pelos conjugues ou seu representantes. Consistindo a nullidade em falta ou vicio de consentimento, o direito de allega-la é privativo do conjujo em relação ao qual dá-se a falta ou o vicio. O direito de allegar a nullidade, resultante de impedimento privado, prescreve em tres annos. O conjuge menor, depois de completar vinte um annos, tem ainda o praso de um anno para demandar a nullidade, proveniente da falta ou vicio de consentimento. Decret. cit. art. 13, 14, 15 e 16.

¹⁵⁷ Const. 4, C. de incestuos. et inutilib. nupt. (5.5.); Const 1. C. de nupt. ex rescript. pet. (5. 8); Lobão Not. á Mello, L. 2 T. 8 § 7º n. 3.

“Eis que o matrimonio seja julgado nullo, cessa a communição dos bens como se tivesse sido dissolvido por morte de um dos conjugues.” Digest. Port., P. II, art. 331. Ha evidente equivoco. Quando a communhão cessa por morte de um dos conjugues, o sobrevivente fica com *metade* dos bens, e a outra *metade* passa aos herdeiros do conjuge defuncto. Se, porém, o casamento é annullado, cada conjuge separa-se, não com metade dos bens, mas com os bens com que entrara para o casal e com os lucros correspondentes. A doutrina de Corrêa Telles só procede quando o casamento annullado é declarado putativo.

1º Pela morte d'um dos conjuges;

2º Pela entrada d'um delles em religião aprovada ou pelo recebimento de ordens sacras maiores precedendo em ambos os casos o consentimento do outro conjuge;¹⁵⁸

3º Pela sentença de nullidade que declara o casamento putativo;¹⁵⁹

4º Pela sentença de divorcio perpetuo.¹⁶⁰

O vinculo conjugal é perpetuamente indissolúvel e só se rompe pela morte d'um dos conjuges.¹⁶¹

A entrada em religião aprovada, o recebimento de ordens sacras maiores e o divorcio perpetuo não importão o rompimento do vinculo matrimonial, mas operão tão sómente a separação material dos conjuges e a dissolução da sociedade conjugal.¹⁶²

§ 33. *Do casamento putativo.*

Casamento *putativo* é o que, sendo nullo, foi todavia contraindo em boa fé por ambos os conjuges ou por um só delles.

Em atenção á boa fé dos conjuges, a lei protege a união e dá-lhe todos os effeitos civis do casamento valido até a sentença de declaração de nullidade.¹⁶³

¹⁵⁸ C. 22. C. 27. q. 2; C. 7. 8.13.18 X de convers. conjug. (3. 32); Riger, P. IV § 220; B. Carneiro, L. 1º T. 11, § 114, n. 7; Mont. Direit. Eccles. § 1034.

¹⁵⁹ A sentença de nullidade, quando o casamento não é julgado *putativo* torna-o irritado desde o momento da celebração; e pois uma tal sentença não se pode reputar modo de dissolução da sociedade conjugal: ella não dissolve, declara que a sociedade nunca existiu.

¹⁶⁰ Concilio Trident. Sess. 24 canon 8, de *sacram, matrim.*

¹⁶¹ Concil. Trid., loc. cit. canon 7.

¹⁶² Vejs adiante § 34.

¹⁶³ Fr. 57 § 1º D. de ritu nupt. (23.2); Const. 4. C. de incestuos. et inutilib. nupt. (5. 5.) C. 8. 10. 14. X. qui fillii legitimi sint. (4.17). Mello L. 2, T. 5, § 13 nota; B. Carneiro, L. 1º T. 11 § 113, n. 2.

Assim pois o casamento putativo dissolvido pela sentença de nullidade, pode ser correctamente equiparado ao casamento valido dissolvido por morte d'um dos conjuges. Ha entre um e outro identidade de efeitos.¹⁶⁴

A validade do casamento putativo é, como a do casamento verdadeiro, *indivisivel*. Seria erro toma-lo como valido para certos efeitos e ao memo tempo como nullo para outros.¹⁶⁵

Se um só dos conjuges andou de boa fé, o casamento é reputado putativo em relação á elle e aos filhos; prevalecendo porém a nullidade com todos os seus conseqüencias pelo que respeita ao conjuge de má fé.¹⁶⁶

Assim que:

1º O conjuge de boa fé pode pedir: que o casamento seja tido como absolutamente insubsistente; ou invocar em seu favor todos os efeitos que resulta do casamento verdadeiro, taes como a validade dos pactos antenupciaes, a communhão dos bens, o direito de succeder ao

Para que o casamento se considere putativo é mister que elle tenha sido contraindo pela manifestação do consentimento reciproco, embora faltasse alguma formalidade externa, como a presença de duas testemunhas. Omitidas todas as formalidades externas, a presumpção de má fé prevalece contra ambos os conjuges, e, pois, o casamento deixa de ser putativo. É neste sentido que devo ser entendido o § 1º do cap. 1º X de clandestin. dispos. (4. 3). Vej. Lobão, Not. á, Mello, L. 2 T. 5 § 13, n. 2 e 3.

¹⁶⁴ O Direito Romano fazia cessar os efeitos do casamento putativo desde o momento em que a cansada nullidade se revelava aos conjuges. Const. 4. C. de incestuos. et inutilib. nupt.

Neste ponto, porém, a disposição imperial tinha contra si razões ponderosas, (Mourlon, Repet. Escrit. L. 1º T. 5 nº 699) e pois o *uso moderno* corrigiu-a no sentido declarado no texto. Guerr. Tract. 2, L. 6, cap. 1 n. 19 e 20.; Digest. Portug. Part. II, art. 332.

¹⁶⁵ Mourlon, Repet. Escrit. L. 1º T. 5n. 703.

A lei por ficção iguala o casamento putativo ao verdadeiro.

A ficção legal vale como a realidade, salvo as restricções impostas pela lei. *Tantum operatur fictio in casu ficto quantum veritas in casu veror* Alteserre, de fictionibus, tract. I cap. II.

¹⁶⁶ Const. 4. C. de incestuos. et inutilib. nupt. (5. 5); C. 10. X. qui filii legitimi sint. (5. 5) Mello, L. 2 T. 5 § 13.

outro conjuge.¹⁶⁷ Não lhe é licito, porém, tomar o casamento como bom em parte, em parte nullo.¹⁶⁸

2º O conjuge de má fé, pois que em relação á elle o casamento é nullo, fica privado da qualidade de esposo e consequentemente dos direitos que della derivão: não tem patrio poder, não succede aos filhos, nem ao conjuge de boa fé.¹⁶⁹

3º Os filhos, visto como são considerados legitimos em relação á ambos os conjuges, succedem tambem ao conjuge do má fé e aos seus parentes como casamento fora valido.¹⁷⁰

§ 34. *Divorcio, suas causas.*

O divorcio, no sentido em que o admite a Igreja Catholica, consiste na separação material dos conjuges, temporaria ou perpetua, sem o rompimento do vinculo matrimonial.¹⁷¹

Assim que o conjuge divorciado não pode passar segundas nupcias, em vida do outro.

São causas do divorcio temporario; as sugestões criminosas de um conjuge ao outro; as sevicias graves; as insidias contra a vida.¹⁷²

¹⁶⁷ Mourlon, cit. n. 703; Voet, L. 23, T. 2 n. 29; Digest. Port. P. II, art. 333.

¹⁶⁸ Mourlon, cit. n. 703.

A hypothese de poder um conjuge succeder ao outro (ord. L. 4 T. 94) só pode verificar-se quando o fallecimento do conjuge ocorre antes do julgamento da nullidade; porquanto, cessando o casamento de existir da data da sentença, os conjuges deixão de ser taes um em frente do outro; e pois desaparece o fundamento da successão reciproca.

¹⁶⁹ Mourlon, cit, 703, n. 3.

¹⁷⁰ Mourlon, cit 703; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 5 § 13 n. 5.

¹⁷¹ Concil. Trident. Sess. 25 canon 8, de sacram. matrim.

A palavra divorcio é tomada em duas accepções. No sentido rigoroso (sentido do Direito Romano) significa a dissolução do casamento; no sentido do Direito Canonico exprime tão sómente a separação dos conjuges *quoad thorum et habitationem*, sem rompimento do vinculo matrimonial.

As seitas dissidentes declaram falsa a doutrina da indissolubilidade do vinculo conjugal e permitem em varios casos o divorcio na accepção do Direito Romano. Walter, Droit Eccles. § 316.

O divorcio perpetuo, regularmente, só pode ser decretado em virtude de crime de adulterio commettido por um dos conjuges.¹⁷³

O adulterio, porém, deixa de ser fundamento para o divorcio:

1º Quando é o resultado de violencia ou de erro escusavel.¹⁷⁴

2º Quando um dos conjuges concorreu directamente para que o outro o commettesse;¹⁷⁵

3º Quando ambos os conjuges tem incorrido no mesmo crime;¹⁷⁶

4º Quando um perdoa ao outro, expressa ou tacitamente.¹⁷⁷

A acção para pedir em juizo o divorcio é privativa do conjuge innocente.¹⁷⁸

O divorcio entre conjuges pertencentes ás seitas dissidentes é recebido pelo Direito Patrio, não como importando rompimento do vinculo matrimonial ¹⁷⁹, mas tão sómente com os efeitos, que produz o divorcio entre catholicos.

¹⁷² C. 5. C. 28. q. 1. Cap. 2 X de divort. (4. 19); C. 8.13. X de restit. spoliat. (2.12.) A enfermidade nunca pode ser motivo de divorcio. Walter, cit. 8 314 not. (m).

¹⁷³ C. 4. C. 32. q. 4; C. 20. C. 32. q. 5.

Monte, Direit. Eccl. § 1035. Sustentão alguns canonistas que podem motivar o divorcio perpetuo sevicias graves, insidias á vida. Veja-se Monte, cit. § 1035.

¹⁷⁴ C. 7. C. 32. q. 5 ; C. 1. C. 34. q. 1.

¹⁷⁵ C. 6. X de eo qui cognovit consang. (4. 13).

¹⁷⁶ C. 1. C. 32, q.1.

¹⁷⁷ C. 25. X. de jurejur. (2. 24).

¹⁷⁸ Walter, § 314.

As causas de divorcio são da competencia do juizo ecclesiastico. Acerca do processo veja-se Monte, Direit. Eccl. L. 3, secç. 1.^a T. 2. cap. 2.

¹⁷⁹ Nem lei de 11 de setembro de 1961, nem o decreto de 17 de abril de 1863 contem providencia alguma expressa acerca do divorcio quanto ao casamento acatholico. Todavia de suas disposições (lei, art. 1º § 4; Decreto, art 7) deduz-se a doutrina exposta no texto.

O Direito Canonico considera o casamento acatholico como impedimento para o casamento catholico. (Benedict. XIV, de synod. dioecesana, L. 13, cap. 22; Walter § 313). A citada lei de 11 de set. de 1861 e o Decreto de 17 de abril de 1863 tornarão applicavel ao casamento acatholico a lei canonica que regula a materia dos impedimentos em relação ao casamento catholico.

§ 35. *Efeitos do divorcio.*

O divorcio traz como efeito immediato a separação material dos conjuges.¹⁸⁰

O conjuge innocente fica desligado da obrigação de viver conjuncta e inseparavelmente com o outro conjuge.

Mas um e outro podem á todo tempo reconciliar-se e restabelecer a vida commum.¹⁸¹

D'ahi é que provem o dizer-se que a sentença de divorcio nunca passa em julgado.¹⁸²

Na ordem *civil* o divorcio perpetuo produz a dissolução da sociedade conjugal. Em virtude delle, pois, cessa o poder marital; a mulher readquire a sua capacidade juridica¹⁸³; os bens se dividem e se partilhão segundo o regimen que tiver sido adoptado, como se o casamento se dissolvesse por morte de um dos conjuges¹⁸⁴; os filhos continuão sob o poder do pae¹⁸⁵, mas a mãi é obrigada a criar de leite os de peito até a idade de tres annos.¹⁸⁶

Portanto segue-se que diante da nossa lei o divorcio no casamento acatholico não rompe o vinculo matrimonial.

Qual a autoridade competente para julgar as causas do divorcio em relação ao casamento acatholico? A cit. lei e decreto nada dizem a respeito. Deve-se, pois, entender que taes causas se hão de julgar segundo os usos e prescripções das religiões á que pertencem os conjuges.

¹⁸⁰ Concil. Trident. Ses. 24 can. 8 de sacr. matr.

¹⁸¹ Van-Espen P. II. Sect. 1, cap. 2, n. 23; Waltef, § 314; B. Carneiro L. 1, T. 11 § 115 n. 23.

F' mister sentença do juizo ecclesiastico. B. Carneiro cit. 115 n. 19.

¹⁸² B. Carneiro, loc. cit.

¹⁸³ Cod. Com, art. 1º § 4.

¹⁸⁴ Guerr. T. 2, L. 6 cap. 8 a. 37. 40. 50. 51. 68, 70. 81, Peg. Forens. 9, n. 354; Lobão Not. á Mello L. 2, T. 9, § 21 a. 9.

¹⁸⁵ Valasc. Consul .192 n. 10 e 11; Mello L. 2, T. 6 § 14 not. Os filhos são alimentados pelo pai, qualquer que tenha sido o regimen dos bens. Na falta do pai, ou por não poudar ou por ter fallecido, seguem-se as regras de direito á respeito desta materia. Vej. a Secç. 4.

¹⁸⁶ Ord. L. 4, T. 99; Assento de 9 de abril de 1772.

O divorcio temporario tem por unico effeito a separação material dos conjuges, por certo praso, mas não importa dissolução da sociedade conjugal, a qual persevera com todos os seus effeitos: marido e mulher guardão sua posição juridica anterior.¹⁸⁷

Mas em quanto perdura a separação, o marido é obrigado á prestar a mulher os alimentos, que segundo as regras de direito, judicialmente lhe houverem sido arbitrados.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Lob. Not. á Mello L. 2 T. 9 § 21 n. 9.

¹⁸⁸ Lob. Not. á Mello L. 2 T. 7 § 1 e 2 n. 10 in fine.

Emquando pendente a acção de divorcio, decretão-se á mulher alimentos provisionaes. Lob. Acções sum. § 264 e seguintes.

SECÇÃO SEGUNDA

EFFEITOS DO CASAMENTO

§ 36. Ennumeração dos efeitos do casamento.

Do casamento legalmente contraindo resultão expensos e numerosos efeitos.

Destes efeitos, uns por sua grande importancia tomão posição proeminente nos desenvolvimentos do Direito Civil, e outros, de menor alcance, sem occupar lugar distincto e especial, entrão na deducção dos assumptos á maneira que sua influencia se vai fazendo sentir.

Os efeitos mais importantes e cuja theoria fará assumpto desta secção, podem ser naturalmente aggrupados em tres cathegorias, dispostas assim:

- I. Relações de direito entre os conjuges;
- II. Relações de direito entre os cojuges quanto aos bens;
- III. Relações de direito entre os paes e os filhos legitimos.

CAPITULO PRIMEIRO

RELAÇÕES DE DIREITOS ENTRE O MARIDO E A MULHER;

PODER MARITAL E INCAPACIDADE DA MULHER.

§ 37. Direitos e deveres communs á ambos os conjuges.

Da natureza e do fim da sociedade conjugal derivão os direitos e os deveres reciprocos do marido e da mulher.

As relações que formão a tēja da vida intima pertencem ao dominio da moral; o direito só intervém para regular e garantir aquelles

deveres, cuja inobservancia, contrariando o fim do casamento, póde ocasionar graves perturbações.

Entre os direitos e os deveres communs á um e outro conjuge, a lei consagra os seguintes:

1º O direito de exigir um do outro fidelidade reciproca;¹

2º O direito de viverem em commum, conjuncta e inseparavelmente;²

3º O direito á mutua assistencia nas enfermidades e desgrças da vida.³

§ 38. *Poder marital (direitos particulares ao marido.)*

I- Não poderia a sociedade conjugal subsistir regularmente se o poder de dirigir a familia e reger-lhe os bens não estivesse concentrado em um só dos conjuges. Sem esta creação surgirão diariamente conflictos que, não achando solução prompta, entreterão no seio da familia perpetua perturbação.

Desta necessidade resultou a formação do *poder marital*, cuja denominação provem de ter sido elle exclusivamente conferido ao marido, como o mais apto pelos predicados do seu sexo para exerce-lo.⁴

¹ Cod. Crim. do Imperio, art. 250 á 253.

A fidelidade deve ser guardada com perfeita igualdade por um e outro conjuge; e tal é a disposição do Direito Canonico. (C. 4 C. 32. q. 4.)

É innegavel com tudo que a infracção de um tal dever por parte da mulher reveste um caracter mais grave; 1º, porque ella, em razão do seu sexo e das idéas recebidas, é obrigada á maior recato e pois a sua falta fere mais pronunciadamente a moral e os costumes públicos; 2º, porque a sua infidelidade póde dar lugar ao nascimento de filhos adulteros e dest'arte introduzir no seio da familia elementos de perpetua lucta e desordem. (Mourlon Repet. Escrit. L. 1 T. 5, n.)

É por isso que o nosso Codice Crim., á imitação das legislações estrangeiras, estabelece para o adulterio da mulher pena mais severa do que para o do marido.

² Ord. L. 4 T. 94 e T. 95 pr.

³ Fr. 22 § 7º Dig. de soluto matrim. (24. 3): Quid enim tam humanum quam est fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse? Cfr. ord. L. 4T. 88 § 14; T. 103 § 1º

⁴ Ord. L. 4 T. 66 pr. verb. " *sob seu poder* " e em muitas outras passagens.

O marido figura na scena juridica debaixo de tres caracteres: como chefe da sociedade conjugal; como socio com direitos seus, e finalmente como representante da mulher em tudo que diz respeito aos direitos e interesses particulares della.

Ao marido, em virtude do poder marital, compete:

1º O direito de exigir obediencia da mulher, a qual é obrigada á moldar suas acções pela vontade delle em tudo que fôr honesto e justo;⁵

2º O direito de escolher e fixar o domicilio conjugal, no qual a mulher deve acompanha-lo;⁶

3º O direito de representar e defender a mulher nos actos judiciaes e extrajudiciaes;⁷

4º O direito de administrar os bens do casal, podendo dispor dos moveis livremente, dos immoveis com as restricções da lei;⁸

§ 39. *Limitações do poder marital.*

Todavia como a mulher não perde a sua personalidade juridica e é como socia altamente interessada na conservação dos haveres do casal; a lei exige, como requisito essencial, a livre intervenção della em certos actos que reclamão maior ponderação, ou porque taes actos se referem a disposição de bens á que o direito ligou sempre grande

⁵ Const. 8 § 2 C.de repud et judic. (5.13.)

O marido não tem o direito de castigar a mulher. As disposições da ord. L. 5 T. 36 § 1º e T. 95 § 4º, que permittião um tal uso, tão repugnante com a dignidade humana e com a civilização moderna, achão-se hoje derogadas peloCodigo Criminal. (Vej. art. 14 § 6, cit. codigo).

⁶ Fr. 5 D. de ritu nupt. (23. 2.); fr. 65 D. de judic. (5.1.) Valasc. Consult. 138 n. 11; Cabe P. I, Decis 165.

⁷ Const. 21 C. de procuratorib. (2.13.) ord. L. 4 T. 66, Lobão, Not. á Mello, L. 2 T. 8 § 19, n. 40.

⁸ Direito consuetudinario antiquissimo, cuja existencia varias ord. presupõem, como a do L. 4 T. 48, a do T. 64 e T.66; Lobão Not. á Mello L. 2 T. 9 § 15, n. 4.

importancia ou porque envolvem compromissos que podem acarretar prejuizos sem contingencia de lucro.

D'ahi resultão as seguintes disposições que são outros tantos limites ao poder marital:

1º Qualquer que seja o regimen do casamento, sem o consentimento expresso da mulher⁹, não póde o marido, sob pena de nullidade: render ou alienar os bens de raiz e os direitos e acções que são por lei equiparados aos immoveis, taes como o dominio util, as rendas vitalicias, as perpetuas, etc.¹⁰; nem tão pouco litigar em juizo sobre semelhantes bens.¹¹

Recusando a mulher dar a sua outhorga tanto em um como em outro caso, pode o marido recorrer ao juiz do lugar, ao qual, ouvidas as partes, compete denegar o consentimento pedido, ou supri-lo de sua

⁹ Ord. L. 4 T. 48. O consentimento deve ser por escriptura publica ou particular, segundo a especie de instrumento que o acto exigir.

A outhorga é necessaria, mesmo para os immoveis que são particulares do marido. Lob. Not. á Mello, L. 2 T. 8 § 18.

O consentimento dado posteriormente revalida o acto; ord., cit. § 3 verb. "porque nelles está aprovar o contracto." Barbosa ad ord. cit. pr. n. 22 e 26.

Ainda mesmo quando o immovel é dado em *dote venditionis causa* estimado, é necessaria a outhorga para a alienação. E é justamente ao dote consistente em immovel estimado *venditionis causa* que allude a ord. nas palavras "por dote e arrhas" porquanto serão inaplicaveis ao dote em immovel inestimado, visto como é inalienavel.

A prohibição da alienação sem outhorga da mulher comprehende todos os actos translativos do dominio e seus elementos como: doação, dação *in solutum*, compromisso, transacções, devisão, constituição de servidão, usufructo, emphytheuse, etc. Lob. Not. á Mello, L. 2 T. 8 § 16 n. 4 e seg.

Os immoveis de uma sociedade commercial podem ser alienados sem necessidade da outhorga das mulheres dos socios. A razão é porque os immoveis reputão-se pertencer á sociedade, entidade juridica distincta dos socios, e em quanto a sociedade existe, os socios só tem direito e acção para haver os rendimentos do capital. Consolidação das Leis Civis, not. (4) ao art. 119; Mourlon, Repet. Escrit. L. 3 T. 5 n. 54.

¹⁰ Ord. L. 4 T. 48 pr. e § 8; L. 3 T. 47 pr.

As apolices da divida publica não entrão na classe dos immoveis. Veja-se no fim a Nota 11.

¹¹ Ord. L. 3 T. 47 pr. Para arguir a nullidade da arrematação de bens de raiz por não ter sido citada a mulher, não carece o marido de outhorga della. Lobão Seg. Linhas, nota 101.

authoridade, segundo se convencer da conveniencia ou inconvenincia do acto ou pleito.¹²

2º Não vale a hypotheca constituida pelo marido sem a outhorga da mulher.¹³

Todavia, independentemente da outhorga, prevalece a hypotheca se é constituida em segurança de contractos pelos quaes o marido toma para si rendas publicas ou particulares, quer vitalicias quer temporarias, como foros, pensões, prestações annuas.¹⁴

3º A fiança prestada pelo marido sem consentimento da mulher não alcança a meação della, nem os bens incommunicaveis que lhe pertencem.¹⁵

Mas se fôr prestada em favor de alguém que contractou rendas publicas, obriga *todos os moveis do casal*, e tão sómente a metade

¹² Ord. L. 3 T. 47 § 5; T. 63 § 4; lei de 22 de setembro de 1828 art. 2 § 1º; Guerreiro, Tract. 2, L. 6 cap. 2, n. 82 e 83; Pereira, Decis. 123, n. 6; Lobão, Not. á Mello, L. 2 T. 8 § 16, n.34.

Se a mulher é menor supre o juiz de orphãos o consentimento. Reg. do Dezemb. do Paço, § 93; Lei de 22 de setemb. de 1828, art. 2 § 4; Reg. de 15 de março de 1842, art. 5 § 3.

¹³ Cod. Com. do Imp. art. 267; Lei de 24 de setembro de 1864, art. 2 § 4.

¹⁴ Ord. L. 4 T. 60; E isso mesmo... se não entenderá quando os maridos tomarem para si *nossas rendas* ou *outras de quaesquer outras pessoas* e *derem á fiança seus bens*. "Dar á fiança seus bens" quer dizer o mesmo que *hypothecar*.

As palavras da ord. "nossas rendas" alludem á antiga pratica de transferir-se em hasta publica aos licitantes o direito de arrecadar certos impostos. (Vej. a carta de lei de 22 de dezemb. de 1761, T. 2 § 25 e seguintes). Estas arrematações não erão na realidade senão cessões de direitos e impostos. Consol. Das L. C., nota (3) ao art. 134.

As palavras "outras quaesquer (rendas) de outras pessoas" compreheudem a cessão de *rendas* particulares, como são o censo, as prestações e os renditos annuos. Cumpre notar que a ord. só falla da cessão de rendas e não do contracto de arrendamento da coisa ou objecto, como de uma casa. Repert. das ords. vol. 1º pag. 365 nota (a).

¹⁵ Ord. L. 4 T. 60. A fiança na hypothese figurada, só obriga a meação do marido em moveis e não a meação em bens de raiz; porque os bens de raiz, no todo ou em parte, não podem ser alienados sem outhorga da mulher: — prohibição que seria illudida se a fiança sem outhorga da mulher obrigasse a parte do marido nos immoveis. Repert vol. 1º pag. 365, nota de Themudo.

Com outhorga da mulher a fiança obriga todos os bens do casal, sem que ella possa invocar o Velleano, Consolid. das Leis Civis, nota (2) ao art. 131.

do marido nos immoveis, ficando em salvo a metade correspondente da mulher e os seus bens incommunicaveis.¹⁶

4º Imputão-se na meação do marido, depois de dissolvida a sociedade conjugal, as doações de cousas *moveis* que ello fizer sem consentimento da mulher¹⁷; salvo só taos doações forem módicas e em remuneração de serviços ou a titulo de esmola.¹⁸

É de notar que á mulher, sempre que as doações, incommunicaveis nos termos ditos, excederem a meação do marido, assiste o direito de pedir aos donatarios a restituição do excesso.¹⁹

§ 40. *Direitos especiaes da mulher.*

A posição de ente mais fraco e de companheira subordinada que occupa a mulher na sociedade conjugal, dá-lhe certos direitos especiaes, os quaes tem por fim garantir-lhe interesses sagrados que se prendem intimamente á sua pessoa e dignidade.

Assim que assiste-lhe:

1. O direito de exigir do marido protecção para sua pessoa, honra e bens.²⁰

2. O direito do ser alimentada por ello, trouxesse ella ou não, bens para a sociedade conjugal.²¹

¹⁶ Ord. L. 4 T. 60 verb. "E isto queremos."

¹⁷ Ord. L. 4 T. 64.

¹⁸ A cit. ord. diz "doações immensas". A qualificação da immodicidade da doação depende da proporção da doação com os haveres do casal.

¹⁹ Or. cit. verb. Salvo se as ditas doações... A mulher só póde desfazer a doação se excede a meação do marido e só pelo excesso.

²⁰ D'ahi provem que ao marido incumbe dar queixa e promover a accusação pelas offensas e injurias que forem commettidas contra a mulher. (Cod. do Proccss. Crim. art. 72) e requerer e intentar no civil as diligencias e acções competentes para conservar, fazer valer e reivindicar os direitos e bens que forem particulares della. Const. 21 Cod. de procuratorib. (2.13)

²¹ Fr. 20 § 2. D. famil. ersciscund. (10.2); Valasc. Consult. 1, n. 4; Report. das ordd. vol. 3, pag. 601 nota (a).

3. direito de participar da consideração social, os privilegios e das honras pessoas do marido, isto é, das que não andão ligadas ao exercicio dos cargos publicos.²²

4. O direito de reivindicar os bens de raiz alienados sem sua orthoga.²³

A acção para pedir a nullidade da alienação e reivindicar o immovel compete só á mulher, e na falta aos seus herdeiros ²⁴. Todavia, precedendo authorisação della, ou de seus herdeiros a dita acção pode ser intentada pelo marido.²⁵

5. O direito de reaver as cousas moveis ou immoveis dadas ou alienadas pelo marido á sua concubina ou á mulher com quem tenha tido affeição carnal.²⁶

A acção competente para este fim pode ser proposta pela mulher, ainda estando ella sob o poder do marido, mas prescreve depois de quatro annos da data da separação dos conjuges por morte ou por outra qualquer maneira.²⁷

Esta acção passa aos herdeiros da mulher, os quaes a poderão iniciar emquanto não se findar o praso dos quatro annos.²⁸

²² Ord. L. 1, T. 91, § 7; L. 2, T. 59, § 15; L. 3, T. 86, § 23; Const. do Imperio, art. 179, § 16.

Em relação ás viúvas e ainda sob o antigo regimen, observava Reinos: Distinguendum est inter privilegia quae competunt marito ratione nobilitatis et inter ea quae competunt ratione officii et dignitatis illi annexae. Observat. 3, n. 11.

²³ Ord. L. 4, T. 48, § 2.

²⁴ Ord. cit. § 3.

²⁵ Ord. cit. *ibidem*.

²⁶ Ord. L. 4, T. 66. A mulher não é obrigada a restituir o preço pelo qual foi a coisa alienada. Ord. cit. pr. "sem por ella pagar preço algum."

A ord. prohibe a venda pela presumpção juris et jure que ella envolve doação occulta.

A prohibição de doar á concubina não se estende aos actos de ultima vontade; 1º porque ao tempo que taes actos produzem os seus effectos, já está o casamento dissolvido pelo decesso do marido; 2º porque d'ahi não resulta prejuizo algum á mulher, visto como a meação e os bens proprios do marido tem de passar em todo o caso aos herdeiros. Gama, Decis. n. 226; Barb. á ord. cit. n. 3; Egidio, de Revel. honest., art. 8, n. 11.

²⁷ Ord. L. 4, T. 66.

²⁸ Ord. cit.

Mas, se já tiver começado a correr o praso, os herdeiros só terão para intentar a acção o resto do tempo que ainda faltar para completa-lo.²⁹

§ 41. *Da incapacidade da mulher casada.*

O *poder marital* forma-se pela deslocação de certos direitos da pessoa da mulher para a pessoa do marido.

Roubando-lhe a faculdade de governar-se a si mesma, de contractar e de dispor dos bens, e pondo-a em consequencia sob a direcção do marido, essa deslocação de direitos constitue a mulher em estado de incapacidade.

Assim d'um lado o poder marital e, em frente, como effeito, a incapacidade da mulher.

Creação da lei, a incapacidade da mulher não resulta de defeito natural: tanto que são capazes as viúvas e as solteiras emancipadas.

Uma semelhante incapacidade não é, pois, absoluta; antes soffre excepções, variando de grãos segundo o regimen do casamento e cessando accidentalmente para fins determinados.

É dupla a incapacidade da mulher casada. "Em regra, sem authorisação do marido, qualquer que seja o regimen do casamento, não pode ella validamente praticar actos, que tenham por fim gerar ou extinguir direitos ou obrigações, nem tão pouco estar em juizo."³⁰

²⁹ Nemo plus commodi heredibus relinquit quam ipse habuit. Paulo, L. 12, ad *Edictum*.

³⁰ Pheb. Decis. 62, n. 5; Decis. 98, n. 3 e 4; Cabedo, P. I. Decis. 106, n. ultimo; Moraes, Execution. L. 2, cap. 20 n. 119; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 18, n. 40.

A doutrina exposta não se acha expressamente consagrada em nenhum texto positivo do Direito Civil Patrio; mas tem por fonte antiquissimos costumes, cuja observancia a lei escripta presuppõem em mais d'uma passagem como por exemplo, a da ord.L. 4, T. 66, nas palavras: "E possa fazer della (da cousa reivindicada á concubina do marido) tudo o

§ 42. II. *Incapacidade quanto aos actos extra-judiciaes.*

A mulher casada, sem authorisação do marido, não pode:

1º Fazer doações, remittir dividas e desfazer contractos;³¹

2º Alienar, por qualquer titulo, cousas moveis ou immoveis;³²

3º Constituir hypotheca, usufructo, servidões e quaesquer outros onus reaes;³³

4º Adquirir por titulo oneroso ou gratuito;³⁴

5º Aceitar ou repudiar herança ou legado;³⁵

6º Contrahir obrigações de qualquer especie;³⁶

7º Exercer profissão de commerciante.³⁷

que lhe aprouver assi e tão perfeitamente *como se não fora casada*"; Vej. o codigo com. no art. 1º § 4 e art. 27, 28 e 29.

"Ex receptissima generalique regni consuetudine mulier non potest esse in judicio tam circa immobilia quam mobilia absque mariti consensu." Egidio in L. Ex hoc jure, cap. 7, n. 57.

³¹ Cabedo, P. I. Decis. 105, n. 4, Portugal, de Donationib. L. 1 praelud. 2 § 3, n. 103; Lobão Not. à Mello, L. 2, T. 8 § 18, n. 44 e 46.

³² Vej. o § antecedente, nota (1)

³³ Só pode hypothecar quem pode alienar. Lei de 24 de setembro de 1864, art. 2. § 4.

³⁴ Mourlon, L. 1º, T. 5, n. 768.

³⁵ Egid. in L. Ex hoc jure, P. II, cap. 7, n. 29; Arouca L. 9 de stat. hom. n. 49. Não pode aceitar porque a aceitação da herança é um quasi-contracto; se não pode aceitar, não pode também repudiar, porque: "quod quis si velet habere non potest, id repudiare non potest." Fr. 174 D. de reg. jur. (50.17)

³⁶ A prohibição, em virtude da qual a mulher casada, sem o consentimento do marido, não pode obrigar-se por contracto, não comprehende as obrigações que se formão por outra causa que não as *contenções*. Assim pois é ella responsavel pelas obrigações que resultão de seus delictos, quasi-delitos e dos quasi-contractos que emanão de acto de terceiro e não da vontade della, como se em sua ausencia alguém tomou a gestão de seus bens. Marcada ao art. 217 do Cod. Civil Franc.

Dissolvida a sociedade conjugal, é a mulher obrigada á cumprir a obrigação que contrahio na constancia do matrimonio, sem Consentimento do marido? Não, porque o contracto é nullo por falta de authorisação do marido, e só pode valer se a mulher, depois de isenta do poder marital, o ratificar.

Subsiste, porém, para a mulher a *obrigação natural* de cumprir o contracto, visto como a sua incapacidade não é de direito absoluto.

Assim que a fiança prestada em garantir de um tal contracto é civilmente obrigatoria. Arouca, á L. Stat. hom. n. 49; Egid. in L. Es. hoc. jure. P. II, cap. 7, n. 33.

³⁷ Cod. Com. art. 1 § 4; art. 27 e 29. Veja-se a Nota III no fim.

Mas presume-se legalmente authorisada pelo marido:

Para comprar os objetos e miudezas que entrão na classe das cousas necessarias á economia domestica, podendo para esse fim tomar dinheiro por emprestimo;³⁸

Para fazer contractos e contrahir obrigações que forem connexas com a profissão que exerce de consentimento do marido, como quando é mestra escola, parteira, actriz, directora de collegio;³⁹

Para vender os bens que lhe forão doados ou deixados sob a condição de poder dispor livremente delles.⁴⁰

§ 43. *III. Incapacidade de estar em juizo.*

Comparecer em juizo para pedir o reconhecimento d'um direito ou para repellir uma pretensão injusta é um acto que presuppõe no sujeito a faculdade de funcionar livremente como agente de direitos.⁴¹

Dahi provem — que só podem estar em juizo os que são capazes.

Pelo facto do casamento a mulher cahe em estado de incapacidade.

Assim que:

“A mulher casada, em regra, não pode por autoridade propria, litigar em juizo, ou como authora ou como ré, qualquer que seja a natureza da causa controvertida.”⁴²

³⁸ Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 8 § 59. Esta presumpção assenta em um facto real e constante; — a mulher ordinariamente é encarregada da economia domestica.

³⁹ Repert. das ordd. volum. 2, pag. 237; “Tenetur tamen ad debita ex contractibus factis á muliere ratione negotiationis et officii quod deconsensu viri exercet.” B. Carneiro, L. 1º, T. 12, § 121, n. 13.

⁴⁰ Eg. in L. Ex hoc jur. P. II, cap. 7, n. 42; Pheb, Decis. 107. O consentimento do marido para a mulher aceitar a herança ou o legado contem virtualmente a authorisação para poder ella cumprir a obrigação adjecta.

⁴¹ Const. 1. C de Bonis matern.; fr. 7 § 2 D. de jure deliberand. (28. 8): “Est enim observandum, ei, cui alienatio interdicitur, permitti actioem exercere: ita Labeo scribit”; Reinos. Obser. 28, n. 2; Pheb. Decis. 62, n. 5.

Deste principio resulta que, casando-se a solteira ou a viuva que têm causa em juizo; o processo não pode regularmente ir por diante, se a mulher não é authorisada pelo marido para continua-lo.⁴³

§ 44. *IV. Casos em que a authorisação do marido pode ser supprida pelo juiz.*

É possível que ou por capricho ou por qualquer outro motivo infundado, recuse o marido a authorisação de que a mulher ha mister para praticar em juizo ou fora delle actos que importão aos seus interesses e mesmo aos do casal. Pode ainda occorrer que esteja elle na impossibilidade fysica ou moral de prestar a authorisação sollicitada.

Para obviar á estas dificuldades a lei permite á mulher recorrer ao juiz do domicilio conjugal, para de sua authoridade supprir ou denegar o consentimento pedido.⁴⁴

Assim pois o consentimento negado pelo marido á mulher pode ser supprido pela justiça nos casos seguintes:

1º Para alienar os bens de raiz incommunicaveis, pertencentes á ella, provada a necessidade ou a utilidade da alienação;⁴⁵

2º Para tomar por emprestimo dinheiro destinado a atirar o marido da prisão, ou a salva-lo de qualquer pena grave;⁴⁶

⁴² Ord. L. 4, T. 66: Mandamos que seja recebida em juizo á demandar esta causa *sem authoridade e procuração do marido*, excepção que confirma a regra. Pheb. Decis. n. 62, n. 3 e 4 ; Arouca in L. 15 de Adoptionib. n. 8.

A nullidade proveniente de estar a mulher em juizo sem authorisação do marido pode ser sanada pelo consentimento delle dado posteriormente, emquanto não é allegada pela parte contraria. Silva, ad. ord. L. 3, T. 47, pr. n. 19.

⁴³ A ommissão desta formalidade acarreta a nullidade dos actos ulteriores; todavia uma tal nullidade não pode ser invocada se a parte adversa não foi intimada do casamento, porque não é ella obrigada a caber que a mulher mudou de estado.

⁴⁴ Egid, in L. Ex hoc jure, Part II, cap. 7 n. 66; Cabedo, P. I. Decis. 106, n. 5 e 7. Esta doutrina, fundada em antiquissima pratica, acha-se consagrada na ord. L. 3, T. 47, § 5 in fine e na do L. 4, T. 48, § 2, para os casos de que nos citados §§ se faz menção. E' competente o juiz municipal. Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 1º

⁴⁵ Egidio, loc. cit.

⁴⁶ Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 18, n. 61; B. Carneiro, L. 1º T. 12, § 21, n. 12.

3º Para promover as acções e diligencias tendentes á conservar, defender e reivindicar os bens e direitos do casal quando o marido deixa de faze-lo e não consente que ella o faça;⁴⁷

4º Para propor a acção competente afim de reaver os immoveis alienados sem orthoga sua;⁴⁸

5º Para reivindicar o dote ou os bens particulares della, illegalmente alienados ou penhorados ou envolvidos na massa fallida do marido;⁴⁹

6º Para obstar pelos meios convenientes que venha a alcançar a sua meação ou aos seus bens particulares a fiança prestada pelo marido sem consentimento della;⁵⁰

7º Para requerer a inscripção da hypotheca que lhe confere á lei, sobre os immoveis do marido, pelo dote e pelos bens incommunicaveis;⁵¹

8º Para alienar bens immoveis do casal na hypothese de necessidade absoluta para alimentar-se a si e aos filhos ou para evitar damno maior, quando ella é curadora do marido, ou administradora dos bens do casal por se achar o marido ausente em lugar remoto e não sabido.⁵²

§ 45. *V. Casos em que só o juiz é competente para dar a authorisação.*

Ha hypotheses em que o marido não pode conceder authorisação á mulher para contractar ou estar em juizo, porque elle mesmo está inhibido de praticar taes actos.⁵³

⁴⁷ Ord. L. 3.T.47, § 5 in fine; Silva, á mesma ord. pr. n. 4; Lobão, loc. cit. n. 63.

⁴⁸ Ord. L. 4, T. 48, § 2; cit lei de 22 de setemb. de 1828, art. 2, § 1º

⁴⁹ Mello, L. 2, T. 9, § 14; B. Carneiro, L. 1º, T. 15, § 145, n. 16; art. 874, n. 6 do Cod. Com.

⁵⁰ Pereira e Sousa, Prim. Linh. nota. 890.

⁵¹ Lei de 24 de ser. de 1864, art. 3, § 1º

⁵² Lobão. Not. á Mello L. 2, T. 8. § 18 e 19, n. 50 e 60; Acções Sum. § 638 n. 10.

⁵³ Moraes, Execut. L. 2, cap. 20, n. 83: Qui non potest alienara, non potest alienationem consentire.

Nos ditos casos só o juiz é competente para dar á mulher o consentimento necessario. Estes casos são os seguintes:

1º Se o marido é menor de dezoito annos;⁵⁴

2º Se é órfão menor de vinte annos, e casou-se sem licença do juiz, com mulher de condição e fortuna desiguaes;⁵⁵

3º Se ainda não completou vinte annos e se trata da alienação de bens de raiz, embora houvesse casado com licença do juiz ou tivesse obtido carta de suplemento de idade.⁵⁶

§ 46. VI. *Casos em que a mulher pode contractar e estar em juizo sem authorisação do marido e do juiz.*

A incapacidade da mulher casada é de direito civil e não de direito natural: o casamento não a reduz ao estado de incapacidade absoluta. (§ 41).

Ha, pois, casos e posições em que a lei, por motivos altamente ponderosos, lhe permite contractar e estar em juizo, independentemente de authorisação do marido ou da justiça.

I. Assim sem necessidade d'uma ou d'outra authorisação pode ella:

1º Estando o marido em lugar remoto e não sabido, contrahir dividas para alimentar-se a si e aos filhos, dispor das cousas moveis que forem de vender, fazer compras de manifesta utilidade ao casal e praticar em geral todos os actos de administração;⁵⁷

⁵⁴ Ord. L. 1, T. 88, § 27.

⁵⁵ Ord. cit., § 19.

⁵⁶ Ord. cit., § 28.

O juiz competente para dar a authorisação nas hypotheses figuradas é o juiz de orfãos, porque á sua jurisdição estão sujeitos os menores.

⁵⁷ Ord. L. 1, T. 90 pr.: não tiver mulher.... que seus bens deva administrar. Guerr. T. 2, L. 6, cap. 2, n. 120; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 19, n. 60; Acções Sum. § 638, n. 10.

2º Praticar os actos de administração mencionados no numero antecedente, sendo curadora do marido por se achar elle interdicto por demencia ou prodigalidade;⁵⁸

3º Alienar e administrar os bens sobre os quaes nos pactos antenupciaes se reservou semelhante direito;⁵⁹

4º Dispor livremente dos bens que por terem sido dados ou alienados pelo marido á concubina, ella houver reivindicado;⁶⁰

5º Doar para depois da morte e deixar por acto de ultima vontade a sua meiação o os bens que lhe pertencerem.⁶¹

II. Independentemente das ditas authorisações pode estar em juizo:

1º Quando vivo separada do marido por sentença de divorcio perpetuo;⁶²

2º Para reivindicar os bens doados ou alienados pelo marido á concubina;⁶³

3º Para propor as acções que não admitem demora, estando o marido ausente;⁶⁴

4º Quando é curadora, do marido demente ou prodigo;⁶⁵

5º Quando tem de accionar o proprio marido, como, por exemplo, para divorciar-se, para pedir o dote.⁶⁶

Que é necessario decreto judicial: Cabedo, P. 1. Decis. 106, n. 5 e 6; Reinos. Obser. 28 n. 20.

A authorisação judicial é sempre necessaria para a venda de immoveis.

⁵⁸ Ord. L. 4, T. 103, § 1, 2, 3; Acções Sum. § 638, n. 1.

⁵⁹ Ord. L. 4, T. 46 pr.; Mello, L. 2, T. 9, § 2 e nota.

⁶⁰ Ord. L. 4, T. 66.

⁶¹ Fourgole, Testament. cap. 14, n. 31 e 32; Dig. Port. P. II, art. 411.

⁶² Mendes, P. I, L. 1º cap. 3, n. 13; Silva ad, ord. 3 T. 47 pr. n. 11.

⁶³ Ord. L. 4, T. 66.

⁶⁴ Silva, ord. L. 3, T. 47 pr. n. 18.

⁶⁵ Barbosa, ad. ord. 4, T. 48, § 3, D. 8; Prim. Linh. nota 98.

§ 47. VII. *Do tempo e modo em que deve ser dada a authorisação do marido.*

A authorisação do marido é o facto que vae levantar a incapacidade da mulher casada e torna-la habil para contractar e estar em juizo; em regra deve, pois, ser dada antes ou ao tempo em que se consuma o acto.

Se o acto se faz sem a authorisação, fica desde sua origem affectado de nullidade.

Todavia, como o vicio contraindo não provem de ommissão de um requisito exigido como *forma* (pro forma), o consentimento posterior, expresso ou tacito ⁶⁷, revalida o acto por fôrça do principio de direito, segundo o qual a ratificação vale como o consentimento precedentemente dado.⁶⁸

A authorisação pode ser expressa ou tacita.

A expressa é dada verbalmente, por scriptura publica ou por escripto particular, segundo a forma determinada por lei para o acto.⁶⁹

⁶⁶ Silva, ad. ord. L. 3, T. 3 pr. n. 25; B. Carneiro, L. 1º T. 12, § 125, n. 12. § 125, n. 12.

⁶⁷ Non tantura verbis *ratum* haberi potest, sed etiam *actu*. Fr. 5 D. Rat. Rem. haber. (46. 8)

⁶⁸ Alguns escriptores antigos consideravão a authorisação do marido como uma solemnidade exigida *pro forma* e pois concluíão que a ommissão della feria o acto de nullidade radical e o collocava na impossibilidade de ser ratificado; porquanto, como é sabido, o vicio substancial de *forma* não pode ser sanado pela ratificação. (Mor. de Execut. L. 5, cap. 5, n. 16 verb. Inde etiam).

É sem duvida logica a conclusão, mas é falso o principio, de que deriva.

A authorisação do marido, como já ficou demonstrado, não é senão a intervenção de sua vontade para aperfeiçoar a deliberação da mulher, insufficiente para por si só gerar direitos e obrigações;— é um elemento moral que fundindo-se no consentimento da mulher, completa-o e da-lhe a integridade necessaria para produzir effeitos juridicos. Evidentemente, pois, a acção de um principio moral que tem por fim suscitar a capacidade de contractar em um ente que estava della privado, não pode confundir-se com os *caracteres e circumstancias* que a lei requer para imprimir ao acto uma certa *forma* sem a qual é reputado não existente. (*Forma dat esse rei*).

O consentimento da mulher que contracta sem authorisação do marido entende-se perseverar emquanto ella não manifesta vontade em contrario. A superveniencia da authorisação do marido completa o consentimento da mulher subsistente e suprime consequentemente o vicio original do acto.

Esta é hoje a doctrina corrente acerca deste assumpto. Voef. ad. Pandect. L. 23 tit. 2º n. 42; Lobão Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 19, n. 56; Marcado ao art. 225 do cod. civil fran.

⁶⁹ A authorisação, posto que extrinseca do acto, é todavia elemento essencial para sua validade; deve, portanto, revestir a forma do contracto para o qual é dada, conforme a lei prescreve escriptura publica ou particular. A verbal pode ser provada por confissão da

A tacita induz-se ou do concurso do marido no acto, como quando assigna o instrumento do contracto conjunctamente com a mulher⁷⁰, ou de factos d'elle emanados que não podem ter outra explicação senão o seu consento, como quando pela sua parte exerce direitos ou cumpre obrigações resultantes do procedimento da mulher não authorisada.⁷¹

E' porém de notar que não importa consentimento tacito o simples silencio, desacompanhado de factos de significação positiva.⁷²

§ 48. *VIII. Dos efeitos da authorisação.*

I. Á RESPEITO DA MULHER.— O consentimento dado pelo marido ou suprido de authoridade da justiça, tem por effeito fazer cessar a incapacidade da mulher casada como tal, afim de que possa ella validamente perfazer os actos á que allude a authorisação.

O effeito da authorisação não vae alem dos termos que a restringem. Assim a mulher casada authorisada á commerciar, pode regularmente contractar todo o genero de obrigações de natureza mercantil, mas não valem os actos della emanados que não forem connexos com a sua mercancia.⁷³

Tudo que se não contem nos limites da authorisação cahe na prohibição geral, sob a qual normalmente vive a mulher casada.

parte ou por testemunhas se o contracto por não exceder a taxa da lei, admite este genero de prova. Lobão, loc. cit. n. 56; Mourlon, Repet. Escrit. L. 1º T. 5, n. 737.

⁷⁰ Repet. Das ord. Tom. 3, pag. 769 verb. Nulla é a venda... not. (d)

⁷¹ Lob. loc. cit. n. 56; Mor. de Execut. L. 5, cap. 5, n. 27 e seguintes.

⁷² Qui tacit non utique fatetur. Fr. 142 d. de reg. jur. (50.17) Moraes, loc. cit. u. 33.

A diuturnidade do silencio só pode aproveitar para a validade do acto quando dura tanto quanto basta para a prescrição da acção de nullidade.

⁷³ Por excepção a mulher commerciante fica privada do beneficio do *Velleano* mesmo para "os casos que não são do commercio." Ass. de 2 de dezembro de 1791, publicado em Avis. de 22 de fevereiro de 1793. O cod. com. art. 27 nas palavras: "sem que em *nenhum caso* possa allegar *beneficio algum* de direito parece confirmar aquella excepção."

A incapacidade, pois, subsiste sempre como regra; a authorisação é uma derrogação do direito commum a qual não pode ser ampliada além dos termos em que é concebida.

II. EMQUANTO AO MARIDO. — No regimen da communhão os proveitos e vantagens dos actos validamente praticados pela mulher aproveitam por igual ao marido; é, pois, de justiça rigorosa que por sua pessoa e bens participe da responsabilidade.⁷⁴

Dahi o principio de que no dominio deste regimen os actos da mulher legalmente authorisada obrigam todos os bens do casal.⁷⁵

Se o casamento, porém, foi contrahido com pacto exclusivo da communhão, não prevalece o mesmo principio porque são outros os termos da questão: os lucros e augmentos trazidos pelos contractos da mulher não accrescem ao marido; seria, portanto, iniquidade torna-lo responsavel pelos onus resultantes. Assim, pois, é de direito que — os

⁷⁴ Ex qui personâ quis lucrum capiat, ejus factum praestare debet. Fr. 143 D. de regul. jur. (50. 17).

⁷⁵ Até os bens particulares do marido: (Mourlon, Repet. Escrit. L. 1º tit. 5 n. 810.) O cod. com. art. 27. 1.ª parte, confirma este principio, ao qual fez uma excepção: segundo a disposição do citado artigo, os actos da mulher commerciante obrigam os bens proprios do marido, excepto quando os respectivos titulos são devidamente registrados. Convem notar 1º que a alludida disposição, especial ao commercio, prevalece ainda sendo o casamento dotal; 2º que para obrigar os bens de raiz, é mister authorisação especial.

A authorisação suprida pela justiça produz em relação ao marido os mesmos effeitos que a que é por elle dada.

Não pode haver a menor duvida quando a authorisação é por estar o marido impossibilitado de dá-la. Nesta hypothese o magistrado representa o marido; a authorisação é então no rigor da expressão, não *correctiva*, mas *supletiva* da vontade marital.

A questão surge quando a authorisação é *correctiva* da vontade do marido.

Não seria summa injustiça obrigar o marido pelos effeitos de um acto que elle reprovou e ao qual obstinadamente recusou o seu assenso? (Mourlon. Repet. Escrit. loc cit. ns. 813 e 814).

No terreno do nosso direito semelhante injustiça é difficil, senão impossivel de verificar-se. A authorisação da justiça tanto em relação aos actos judiciaes como extra-judiciaes, em contradicção á vontade do marido, só pode ser dada, ou quando se trata de actos que tão sómente alludem aos bens proprios da mulher, ou para actos que tem por fim defender os direitos e reivindicar os bens do casal. (§ 44) Tais actos não podem prejudicar ao marido.

actos da mulher nos regimens deste genero não obrigão os bens do marido, senão os particulares della.⁷⁶

§ 49. IX. *Consequencias da falta de authorisação.*

A falta de consentimento do marido ou da authorisação suprida pela justiça, pois que deixa a mulher casada em sua incapacidade legal, induz a nullidade do acto.⁷⁷

Esta nullidade não é absoluta (pleno jure) senão *relativa*, tanto que póde ser sanada por via de ratificação.⁷⁸

Por isso que é relativa não pode ser invocada senão por aquelles em favor de cujos direitos foi ella estabelecida.⁷⁹

Deste presuposto resulta que a acção para demandar semelhante nullidade compete tão sómente ao marido e á mulher e na falta delles á seus herdeiros.⁸⁰

Se, porém, o acto annullavel só ó relativo aos bens proprios da mulher, é evidente que o direito de annulla-lo não passa aos herdeiros do marido. Um tal acto não pode alcançar a herança em que succedem; elles, pois, não têm nenhum interesse em invalida-lo; para elles, a acção não teria objecto.⁸¹

⁷⁶ Ubi emolumentum, ibi et onuslesse debet.

⁷⁷ Lobão Not. á Mello, L. 2º tit. 8, § 9, n. 40 in fine; B. Carneiro, L. 1º tit. 12 § 121, n. 3.

⁷⁸ Lobão, Fasciculo, tom. 1º Dissert. 4, § 41, n. 7, App. Direit. Emphyt. § 98 nota; Moulon, Repet. Ecrit. L. 1º T. 5, n. 792.

⁷⁹ Lob. loc. cit.; Prim. Linh. nota ; Barb. ad ord. L. 4, tit. 48, § 2, n. 3.

⁸⁰ Guerreiro, Forens. q. 50; Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 19, n. 66.

Que a mulher pode annular o proprio contracto que fez sem authorisação do marido ou da justiça, é fora de toda a duvida. É licito contravir o proprio acto, quando nullo. (Mor. de Execut. L. 2, cap. 18, n. 12 e cap. 19 n. 3.) O direito de invallidar o acto tende á resguardar interesses pecuniarios; é portanto essencialmente hereditario e como tal passa aos herdeiros da mulher.

⁸¹ É de si mesmo evidente. Quando, porém, o contracto feito pela mulher é daquelles que obrigão os bens communs, então a acção para annula-lo é transferivel aos herdeiros do marido, os quaes, se fossem privados della, ficarião desarmados para defender ou reaver seus direitos compromettidos pelo acto anuulavel.

Desfeito o acto, repõe-se tudo no antigo estado: volta a coisa nullamente transferida; restitue-se o objecto ou o valor recebido em troca.⁸² Todavia se do acto nenhum proveito resultou á mulher ou ao casal, e o terceiro com quem ella contratou estava de má fé, cessa a obrigação de restituir o objecto ou o preço correspondente.⁸³

CAPITULO SEGUNDO

RELAÇÕES ENTRE OS CONJUGES QUANTO AOS BENS.

TITULO PRIMEIRO

Pactos antenupciaes.

§ 50. Do regimen dos bens no casamento.

A communhão de vida (*individua vitae consuetudo*) que o casamento estabelece entre a mulher e o marido não pode deixar de exercer influencia directa sobre os bens que os conjugues trazem para o casal e sobre os que de futuro adquirem.

É mister dar á esses bens uma constituição que os ponha em perfeita harmonia com a natureza e os fins da sociedade conjugal: —

⁸² Guerreiro e Lobão loc. cit.

⁸³ Eis as hypotheses á que allude a doutrina do periodo final do §:

1º Do contracto nullamente feito pela mulher resultou vantagem á ella ou ao casal: desfeito o contracto, estivesse a pessoa, com quem a mulher contractou, de boa ou má fé, lhe é sempre devida a restituição da coisa ou valor que deu em troca, porque á ninguém é licito enriquecer-se á custa alheia. Non convenit lucrari aliquem cum damno alterius. Ord. L. 4, tit. 48, § 4 arg.

2º Do contracto não resultou vantagem á mulher ou ao casal; mas a pessoa, com quem foi feito estajra de boa fé (ignorava que a mulher fosse casada); a restituição lhe é devida, porque seria iniquo que entrando em conflicto a má fé da mulher com a boa fé do terceiro, triumphasse a má fé.

3º Não veiu á mulher ou ao casal beneficio nenhum do contracto e o terceiro com quem contractou estava em *má fé*, isto é sabia que a mulher era casada: a restituição não é devida (arg. da cit. ord. § 6). Quod quis ex culpâ sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.

necessidade que determina um complexo de modificações importantes nos principios geraes que regulão o direito de propriedade.

Estas modificações formão uma collecção de regras que, suposto entendão directamente com a theoria dos direitos *reaes* e *pessoaes*, todavia como consequencias immediatas do casamento, tomão logar nos quadros dos Direitos *de familia*.⁸⁴

As ditas modificações podem variar entre si dentro de uma certa latitude, sem comtudo desdizerem dos fins da sociedade conjugal. D'ahi a diversidade de regimens de bens, segundo os quaes pode ser contraindo o casamento.

A lei, pois que se trata do direito de propriedade, deixa aos esposos grande liberdade para regularem os seus interesses pecuniarios. É lhes permitido, não só escolherem o regimen que lhes aprouver, como ainda acrescentarem as clausulas que lhe aparecerem convenientes⁸⁵; comtanto que não sejam ellas contrarias a natureza e aos fins do casamento e á certos principios que tem por fundamento razões de interesse publico.⁸⁶

No estado actual do nosso direito ha tres especies cardeaes de regimens de bens no casamento, a saber:

1º O regimen da communhão univerdal;⁸⁷

2º O regimen da simples separação dos bens;⁸⁸

⁸⁴ Marezoll, Droit Privé des Romains, § 81.

⁸⁵ Ord. L. 4 T. 46 pr: "Salvo quando entre as partes *outra coisa* fôr *accordada* porque então se guardará o que entre elles fôr *contractado*." T. 60, in fine: "Salvo se no contractodotal, quando casarão fora do costume do reino, *outra coisa* foi *contractada*. T. 96 § 24, in fine: E quanto aos que casarem por dote e arrhas, guardar-se-ha o que entre elles fôr *accordado*."

⁸⁶ Const. 1. C. rei uxor. act. (5. 13); Valasc. Consult. 135, n. 2; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 9 § 25 n. 10; B. Carneiro, L. 1 T. 14 § 134, n. 1.

⁸⁷ Ord. L. 4 T. 46 pr.

3º E o regimen dotal.⁸⁹

Podem os contrahentes escolher um destes regimens, ou modifica-los e combina-los entre si de modo a formar uma nova especie, como se por exemplo convencionão a separação de certos e determinados bens e a communhão de todos os mais.⁹⁰ Neste caso torna-se mixto o regimen e cada especie de bens é regulada pelos principios do regimen cardeal á que é sujeita.⁹¹

Os actos, pelos quaes os esposos fixão previamente o regimen de bens segando o qual querem casar-se, recebem indistinctamente as denominações de — *pactos antenupciaes, convenções matrimoniaes, ou pactos dotaes*.

§ 51. *Das pessoas que figurão nos pactos antenupciaes.*

Os pactos antenupciaes celebrão-se entre os dous esposos, mas muitas vezes toma parte nelles e assigna tambem o instrumento a pessoa, ascendente, collateral ou estranho, que faz doações subordinadas ao casamento.⁹²

São capazes de estipular semelhantes pactos todas as pesssoas que podem contrahir matrimonio.

Não podem, porém, faze-lo:

1º O interdicto por prodigalidade, sem o consentimento do seu curador e do juiz do orphãos.⁹³

⁸⁸ Ord. cit. "Porque então se guardará o que entre elles fôr contractado." Art. 3º § 2º da lei de 24 de setembro de 1864 verb. pelos contractos antenupciaes *exclusivos da communhão*.

⁸⁹ Ord. L. 4 T. 96 § 24.

⁹⁰ Ord. L. 4 T. 95 § 3: "E o que dito é não haverá lugar nos casamentos feitos por cartas d'arrahas, salvo em aquelles bens em que por bem e virtude do contracto devem ser meeiros o marido e a mulher." Cabedo, P. I. Decis. 185; n. 4; Consolid. das Leis Civis, nota (3) ao art. 88.

⁹¹ Cit. ord. L. 4 T. 95 § 3; Pereira, Decis. 53, n. 12.

⁹² Ord. L. 4 T. 46 pr. Lobão, Not. á Mello, L. 2 T. 8 § 8, n.3 e 4.

⁹³ Ord. L. 4 T. 103 § 6, verb. "Mandarã... apregoar..."

2º Os menores e os filhos familias, sem licença da pessoa ou da authoridade de cujo consentimento não mister para se Casarem.⁹⁴

Fora absurdo que a lei denegasse aos prodigos, aos filhos familias e aos menores faculdade para livremente disporem de seus bens quando apenas se trata de interesses parciaes e temporarios como são os que ordinariamente fazem objecto dos contractos, e ao mesmo tempo lhes permittisse disporem irrevogavelmente em convenções matrimoniaes de toda sua fortuna.

§ 52. *Das formalidades externas dos pactos antenupciaes.*

São nullos e portanto não produzem effeito algum, os pactos antenupciaes que não são celebrados por escriptura publica.⁹⁵

A exigencia de escriptura publica como forma substancial do acto é determinada pela necessidade de dar a maior firmeza e segurança á esses pactos, os quaes, pela importancia dos direitos que regulão, interessão profundamente a sociedade civil.

Que seria da irrevogabilidade das convenções matrimoniaes, se sua existencia legal dependesse, não d'um instrumento solemne cujo original permanece sob a guarda d'um official publico, mas d'um escripto particular que as partes poderiam a vontade alterar ou suprimir?

Não são sujeitos á formalidade da insinuação os pactos antenupciaes, salvo se envolvem acto de liberalidade, como quando delles

Não ha lei alguma que abra na incapacidade do prodigo uma excepção á respeito dos pactos antenupciaes. Vej. o Cod. Civil fr. art. 499 e 513 e Lastarria, Instituta de Direito Civil Chileno, L. 4 T. 5, § 1º

Se o prodigo se casa sem pacto antenupcial: do seu casamento (para o qual não ha necessidade de consentimento do curador) resulta a communhão por força da lei.

⁹⁴ Pegas, tom. 7 ad ord. L. 1 T 87 § 28 n. 10; Lobão, Not. á Mello, L. 2 T. 8 § 8 n. 4. Cpr. lei de 6 de outubro de 1784.

Em contrario C. Telles, Theoria da interpretação das leis §94.

⁹⁵ Coelho da. Rocha § 256; Consol. das Leis Civis, nota (1) ao art. 88; Codice Civil fr., art. 1894; C. Civ. Port., art. 1097.

A necessidade da escriptura publica resulta logicamente das disposições da lei de 6 de outubro de 1784.

consta a doação feita por um terceiro para o casamento ou por um dos conjugues ao outro.⁹⁶

Mas se é feita pelo pae ou pela mãe, a doação só deve ser insinuada na parte que excede a legitima e mais a taxa da lei.⁹⁷

§ 53. *Da irrevogabilidade dos pactos antenupciaes.*

O regimen dos bens reputa-se definitivamente estabelecido depois de celebrado o casamento.⁹⁸

E uma vez definitivamente estabelecido, não póde mais ser alterado ou modificado.⁹⁹

Esta salutar disposição legal é determinada por motivos os mais ponderos. A permissão de alterar o regimen dos bens na constancia do matrimonio, além de deixar os direitos do conjuge mais fraco e condescendente expostos aos perigos da seducção e da astucia do outro, collocaria os haveres do casal em um estado da incerteza incompativel com a estabilidade que por bem de interesses da ordem publica lhes é mister.¹⁰⁰

É outro principio de direito que, no silencio dos contrahentes o regimen dos bens firma-se por força da lei.¹⁰¹

Sendo pois certo:

Que o regimen dos bens uma vez definitivamente estabelecido não póde ser alterado;

Que no silencio das partes o regimen firma-se por força da lei;

⁹⁶ Ord. L. 4 T. 62; Lei de 25 de janeiro de 1775 e Assento de 21 de julho de 1797. Lobão, Fascic, tom. 1 Dissert. 3 § 29; Manual do Tabellião, § 142 not. 3; Consolid. das L. Civis, I art. 417 § 1º not. (1).

⁹⁷ Cit. Assento de 21 de julho de 1797.

⁹⁸ Paul. Setent. recept. L. 2 T. 2 § 12: Sed ante nuptias data (dos) earum expectat adventum.

⁹⁹ Mourlon, Rep. Escrit. L. 3 T. 5, n. 2 e 3.

¹⁰⁰ Mourlon, loc. cit.

¹⁰¹ Ord. L. 4 T. 46 pr.

1º Que os pactos antenupciais não podem ser validamente feitos senão antes da celebração do casamento.¹⁰²

2º Que pelo facto do casamento se tornão irrevogáveis.¹⁰³

§ 54. *Clausulas prohibidas nos pactos antenupciais.*

Não é permitido inserir nos pactos antenupciais clausulas e estipulações que repuguem á natureza e aos fins do casamento, ou que sejam contrarias aos bons costumes e aos principios de direito que não podem ser alterados pela vontade das partes.

Assim que são prohibidas e reputadas como não escriptas as clausulas seguintes:

1º As que offendem o *poder marital*, como a que privasse o marido do direito de fixar o domicilio conjugal, ou de ser o cabeça de casal;¹⁰⁴

2º As que importão cerceamento do poder patrio, como a que tirasse ao marido o direito de corrigir os filhos, de dirigir-lhes a educação;¹⁰⁵

3º As que consagrão quaesquer pactos successorios ou alterão de qualquer modo a ordem legal do direito de successão necessaria, quer em relação aos conjuges, quer em relação aos filhos que delles nascerem.¹⁰⁶

A nullidade da *clausula prohibida* não acarreta a nullidade do pacto, mas tão sómente a das estipulações que são logicamente dependentes da clausula *nulla*.¹⁰⁷

¹⁰² Consolidação das Leis Civis, nota (1) ao art. 88; Cod. Civil fr. Art. 1394

¹⁰³ Lob. Not. á Mello, I. 2, T. 9 § 25 n. 12; B. Carneiro L. 1º T. 14 § 133, n. 7; Consolid. das Leis Civis, not. citada. A alteração no pacto antenupcial importaria mudança do regimen.

¹⁰⁴ Lobão, Not. á Mello, L. 2 T. 9 § 25 n. 11; B. Carneiro, L. 1 T. 14 § 134, n. 3; Consolidação das L. Civis, nota (1) ao art. 88.

¹⁰⁵ Consolid. das Leis Civis, not. cit.; Mourlon, Repet Ecrit. L. 3 T. 5 n. 16, 3º

¹⁰⁶ Fr. 16 D. de suis et legitimis, (38 16). Successionem esse juris publici quod pactis privatorum mutari nequit.

Mourlon, Cit. L. 3 T. 5, n. 16, 7º

No estado actual do nosso Direito são nulos todos os pactos successorios, ou *de succedendo* ou de *non succedendo*, ainda mesmo quando incluidos nas convenções matrimoniaes. Veja-se a nota IV no fim.

TITULO SEGUNDO

Do regimen da communhão universal de bens.

§ 55. *Noção da commnhão de bens.*

Neste regimen tornão-se communs entre os conjuges os bens com que cada um entra para o casal e os que de futuro adquirem, por qualquer titulo,— oneroso ou gratuito.¹⁰⁸

Consiste a communhão em que todos os haveres do casal — moveis e immoveis, direitos e acções — permanecem *indivisos* na propriedade commun dos conjuges á cada um dos quaes pertence uma *metade ideal*, intransmissivel durante a existencia da sociedade conjugal.¹⁰⁹

A communhão universal de bens, tal como a constituirão os costumes e as leis, é dominada dos principios seguintes:

1. Tudo o que entra para o acervo dos bens do casal fica, em regra, subordinado á lei da communhão.¹¹⁰

2. Tudo o que cada conjuge adquire, no mesmo momento em que se opera a aquisição, torna-se commun.¹¹¹

¹⁰⁷ Mourion, cit. L. 3 T. 5 n. 17; Cod. Civil Port. art. 1103. *Utile per inutile non vitiatur*.

¹⁰⁸ O regimen da communhão universal de bens foi nos primeiros tempos da monarquia portugueza uma mera criação do direito consuetudinario, limitada á certos municipios. Em epoca posterior foi este costume consagrado em lei. (Ord. Aff. L. 4 T. 12, § 5). As ord. Manuelinas e depois as Philippinas generalisarão aquelle costume para todo o reino e dominios.

Ao dito costume allude a ord. nas palavras: "casamento segundo o *costume do reino*." (Ord. L. 4 T. 46 pr; T. 48 pr.; T. 60 e 65.)

Producto o mais notavel do direito costumeiro em Portugal, a communhão universal de bens constitue um typo original, de que não ha exemplo nas legislações de outros povos, a excepção da Hollanda onde prevalece um regimen semelhante, postas de parte differenças accidentaes. Vej. a Nota V no fim.

¹⁰⁹ Valasc. Partition. cap. 5; Cabedo, P I. Decis. 183 n. 2.

Segundo o costume attestado por antiquissima pratica consagrada em lei (ord. L. 4, T. 46 pr. e § 3; Tit. 95 e 96.) a communhão resultante do casamento é universal, isto é, abrange todos os bens, presentes e futuros, uma vez que sejam alienaveis. Mello, L. 2, T. 8, § 3, nota.

¹¹⁰ Valasc. Consult 103, n. 7; Gama, Deces. 314, n. 6.

3. Os conjuges são meeiros em todos os bens do casal embora um delles nada trouxesse ou nada adquirisse na constancia do matrimonio.¹¹²

Da communicação dos bens deriva logicamente a communicação das dividas contrahidas no decurso da sociedade conjugal.¹¹³

Tal como é em sua natureza e efeitos a communhão é por certo o regimen que mais se coaduna com a indole da sociedade conjugal.

A communhão universal de bens reproduz no munco material a identificação da vida e destinos dos conjuges e contribue poderosamente para fortifica-la e consolida-la, confundindo na mais perfeita igualdade os interesses de um e de outro.

§ 56. Na falta de pacto em contrario prevalece o regimen da communhão.

O casamento reputa-se feito segundo o regimen da communhão universal de bens, desde que não é precedido de convenção que expressa ou tacitamente a exclua.¹¹⁴

Pode, todavia, o dito regimen ser expressamente estipulado¹¹⁵, como quando os esposos declaram nos pactos antenupciaes que se casão *segundo o costume geral do Imperio*¹¹⁶, ou por *carta de*

¹¹¹ Valasc. Partition. cap. 5 n. 9, 14, 16.

O titulo, pelo qual cada um dos conjuges adquire, é ao mesmo tempo titulo de aquisição para a communhão, de modo que provar que o conjuge adquire, é provar que a cousa adquirida é commum.

¹¹² Valasc, cit, n. 14. É applicação á communhão de um principio que rege a sociedade universal.

¹¹³ Ord. L. 4 T. 95 § 4.

¹¹⁴ Ord. L. 4, T. 46 : "Todos os casamentos feitos em nosos reinos e senhorios se entendem serem feitos por carta de metade."

A communhão julga-se tacitamente excluida quando os contrahentes estipulão pactos incompativeis com ella. Lobão, Not, Mello, L. 2, T. 8 § 8 n.ºs 5 e 10.

¹¹⁵ Ord. L. 4, T. 95 § 3: "em que por bem e virtude do contracto devem ser meeiros."

¹¹⁶ Ord. L. 4, T. 48 pr.; Tit. 65 pr.

*metade*¹¹⁷, ou que querem ser *meeiros*,¹¹⁸ ou usão de quaesquer expressões que tenham a mesma significação.¹¹⁹

Dahi provem que o regimen da communhao recebe a denominarção de *legal* quando resulta simplesmente da lei (*ex potestate legis*), e de *convencional* quando tem por causa a convenção das partes.¹²⁰

E, pois, que no silencio das partes o regimen da communhão, por uma justa preferencia da lei entende-se o adoptado, vem elle a constituir nesta materia o *direito commum*, de que os outros regimens não são senão derogações.¹²¹

E, pois, taes regimens, como excepções, carecem de ser claramente formulados, para que possam valer.

Donde resulta que, á não vigorarem por qualquer motivo os pactos antenupciaes exclusivos ou modificativos da comniunhão, como pelos não ter assignado um dos contrahentes ou por faltar-lhes alguma solemnidade substancial; reputa-se subsistente o regimen da communhão.¹²²

§ 57. *Requisito essencial.*

A communhão, sendo estipulada em convenção antenupcial, entende-se começar a vigorar desde o momento em que o casamento é validamente contrahido.¹²³

¹¹⁷ Ord. L. 4, Tit. 46 pr; Tit. 95 § 4.

¹¹⁸ Ord. L. 4, T. 47 pr.; Tit. 95 § 3.

¹¹⁹ Ord. L. 4. Tit. 95 § 3.

¹²⁰ Boehm. Exercit. 70 § 16; Mello, L. 2, T. 8, § 3.

¹²¹ Gama, Dects. 314 n. 6; Valasc. Consult. 103, n. 7 e 8.

¹²² Phebo, Decis. 169 n. 19 á 21; Pegas, tom. 7 ad ordinat. L. 1º T. 87 § 4 n. 116; Lobão, Nat a Mello, cit. § 8 n. 4.

A communhão é um effeito do casamento que só pode ser alterado por convenção das partes em contrario; mas se a convenção é nulla, é como se não existira: se não existe, prevalece o effeito legal.

¹²³ As convenções matrimoniaes tornão-se diffinitivas e só produzem os seus effeitos depois de celebrado o casamento. Omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitani conditionem accepit. Fr. 68 D. de jure dot. Não tendo a lei feito excepção relativamente ás convenções em que se estipula a communhão, segue-se que taes convenções entrão na regra geral.

Quando, porém, contraindo sem pacto, o casamento não induz a comunhão senão depois de consumado.¹²⁴

A lei requer claramente a conjuncção posterior ao casamento; com tudo tem sido largamente controvertido se a copula anterior vale como a posterior para a comunhão.

A analogia, tirada da disposição de direito em virtude da qual o matrimonio subsequente, lavando a macula das relações ilícitas preexistentes, legitima a prole anteriormente havida, e a consideração de que os conjugues, se tivessem em vista excluir a comunhão, fa-lo-ião em convenção antenupcial, tem sido motivo suficiente para desvanecer o escrúpulo que sugere a letra da lei.

Assim prevalece na pratica a opinião de que a conjuncção anterior preenche as vistas da lei para o effeito da comunhão dos bens.¹²⁵

A ord. L. 4 T. 46 § 1º só exige a consumação do matrimonio para o effeito da comunhão *legal* e não para a convencional. Nem seria razoavel que a lei impoesse ás convenções em que se estabelece a comunhão — regimen á queda manifesta preferencia, uma restricção que não existe para as convenções em que se estipulão os outros regimens.

¹²⁴ Ord. L. 4, T. 46 § 1.

A comunhão só pode resultar do casamento valido. Como ficou dito em lugar competente, o nosso Direito Civil só recebe como validas tres especies de casamentos.

A disposição do § 2 da ord. do L. 4. T. 46 tem suscitado no espirito dos interpretes graves duvidas. Ultimamente fez o snr. A. Herculano um estudo vasto e profundo sobre a pratica á que allude o citado § 2.

Qualquer que seja o sentido daquelle paragrafo: contenha um pensamento intencional, ou seja o simples resultado d'uma inadvertencia dos compiladores das Phillipinas (Lobão, Not. à Mello, L. 2, T. 8 § 4, n. 2); para nos a questão perdeu todo o interesse pratico: o alludido § acha-se revogado pela lei de 3 de novembro de 1827. A citada lei só deu effeitos civis ao casamento celebrado conforme o Concilio Tridentino e Constituição do arcebispado da Bahia. A recente lei de 1º de setembro de 1861 só é applicavel aos casamentos entre membros das seitas dissidentes. A especie, de casamento a que allude o § 2 da ord. L. 4, T. 46, não se acha, pois, incluída em nenhuma das referidas leis; portanto não pode ser recebida como valida.

¹²⁵ Gama, Decis. 124; Guerreiro, Tract. 2, L. 6, cap. 1º n.ºs. 99 e 100; Rept das ordd. vol IV, pag. 428, nota (a).

Esta questão assume grande interesse nos casamentos celebrados *in articulo mortis*.

Cumpra notar que, segundo os codigos modernos, a comunhão de bens opera-se independentemente da consumação do casamento. Cod. Civi Franc. art. 1,401 e seguintes, Cod. Civil portuguez, art. 1,108 e seguintes.

No estado actual do Direito Canonico o casamento não depende da consumação para tornar-se perfeito e capaz de todos os seus effeitos. (Walt. Droit Eccl. § 293 n. 7 e § 301 n. 3.)

§ 58. *O casamento putativo induz a comunhão.*

O casamento putativo é equiparado ao casamento verdadeiro.¹²⁶

Equiparando um ao outro, a lei não impoz, nem expressa, nem tacitamente, restrição alguma que limitasse os efeitos do putativo.

Dahi a consequencia de que o casamento putativo é capaz de todos os efeitos civis ligados ao casamento valido, e, portanto, de produzir a comunhão universal de bens.¹²⁷

§ 59. *Pactos modificativos do regimen da comunhão.*

Pode a comunhão ser modificada por via de estipulações antenupciaes. (§ 50)

É licito aos contrahentes faze-la depender d'um evento incerto, restringi-la á bens certos e determinados, ou exclui-la de uma parte de sua fortuna.¹²⁸

Entre os pactos modificativos da comunhão ennumerão-se os seguintes:

1. O pacto de que serão incommunicaveis os bens se do matrimonio não houverem filhos.¹²⁹

¹²⁶ Vej. § 33 acima.

¹²⁷ Entendem alguns escriptores o contrario, entre os quaes o illustre Mello Freire. (L. 2, T. 8 § 5.).

O § 1º da ord. L. 4, T. 46 requer que o casamento seja valido para produzir a comunhão; e nem podia ser d'outro modo porque seria absurdo dar efeito legal ao que é nullo; mas não é lógico concluir d'ahi a exclusão do casamento putativo que constituo uma especie particularissima e que por motivos ponderosos é equiparado ao valido; donde segue-se que o que a lei diz d'um, diz do outro. "Tantum operatur fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero." Alteserre, de fiction, Tract. 1º cap. 2.

¹²⁸ Ord. L. 4, Tit. 46 pr.; T. 95, § 3. Pereira, Decis. 53, n. 14; Lobão, Not. a Mello, L. 2, T. 9, § 25 n. 9.

¹²⁹ Guerr. Tract. 2, L. 7, cap. 5, n. 10 e 11; Voetad Pandoct. L. 23 T. 4, n. 71; Lobão cit. T 8, § 8, n. 8. Verificado o nascimento de filho ou filhos, opera-se a comunhão.

A comunhão, uma vez estabelecida pelo facto do casamento, não póde ser renunciada, porque, depois de contrahido o matrimonio, não é licito alterar-se o regimen dos bens. Pheb. Decis. 169, n. 20.

2. O pacto pelo qual convencionão a comunicação dos adquiridos. Desta clausula induz-se a incommunicabilidade de todos os demais bens que não entrão na classe dos adquiridos.¹³⁰

3º O pacto em virtude do qual são excluidos da communhão certos bens designados, ou uma quota, como a terça parte.¹³¹

4º O pacto pelo qual a mulher renuncia ter parte nos *adquiridos*. Esta renuncia exime-a de responsabilidade pelas dividas do casal.¹³²

§ 60. *Bens que se não communicão.*

Ficão sujeitos á lei da communhão todos os bens que os conjuges trazem para o casal e os que de futuro adquirem. (§5 5) É o principio dominante neste regimen.

Todavia desta regra são exceptuados certos bens e direitos que por motivos especiaes deixão de communicar-se, a saber:

1º O direito, em virtude do qual um dos conjuges percebe tença, pensão, mercê ou renda semelhante.¹³³

2º Os prazos perpetuos, tomados antes do casamento para filhos e descendentes (prazos familiares puros).¹³⁴

Pode-se subordinar a communhão á condição resolutiva? Sim, sem prejuizo de terceiros que tenham direitos á fazer valer contra o casal por dividas contrahidas no tempo em que prevalecia a communhão. Em contrario Monrion, L. 3, T. 5, n. 25.

¹³⁰ Voet, ad Pandect. L. 24, T. 4, n. 28; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 8, n. 10; Digest Port. P. II. art. 215.

¹³¹ Pereira, Decis. 53, n. 12; Lob. loc. cit. n. 6.

¹³² Voet, ad Pandect. loc. cit. n. 71 e 72; Valasc. Consult. 103, n. 25 in fine; Lobão cit., T. 9, § 25 n. 5.

Não é permittido á um dos conjuges renunciar, na constancia do matrimonio, os adquiridos em favor do outro, por importar alteração do regimen. Valasc. Consult. 103, n. 29. B. Carneiro, L. 1º T. 14, § 135, n. 9.

¹³³ Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 10, n. 8.

O direito que serve de titulo para a percepção de tenças ou de rendas semelhantes é inalienavel (ord. L. 4, T. 65) e como tal incommunicavel. Mello, L. 2, T. 8, § 13, nota.

Assim, o conjuge pensionario, dissolvida a sociedade conjugal, conserva comsigo o direito de perceber integralmente a tença ou pensão.

¹³⁴ Ord. L. 4, T. 96, § 24, verb. "Porém se no contracto de aforamento..."

3º Os bens gravados de fidei-commisso ¹³⁵ e o direito do herdeiro fidei-commissario antes de realizada a condição suspensiva.¹³⁶

4º As doações, herança e legados a que o doador ou testador impoz a condição da incommunicabilidade.¹³⁷

Comunicação-se, porém, as novidades, os fructos e os rendimentos, provenientes dos ditos bens, percebidos ou vencidos na constancia do matrimonio.¹³⁸

§ 61. *Comunicação das advidas.*

Comunicação-se todas as dividas contrahidas na constancia do matrimonio (§ 55) pelo marido, ou pelo marido conjunctamente com a mulher, ou pela mulher nos casos em que ella legalmente o póde fazer;¹³⁹

Desta regra exceptuão-se:

1º A divida resultante de fiança prestada pelo marido sem outhorga da mulher;¹⁴⁰

Comunicação-se, porém, os prazos hereditarios simples e os mistos, havidos antes ou na constancia do casamento, bem como os *perpetuos familiares puros* (para filhos e descendentes) adquiridos na constancia do matrimonio. Ord. citada.

Não se communicão os prazos de vida comprados antes do casamento. Ord. L. 4, T. 95 § 1º.

Não incluímos no texto as disposições relativas aos prazos de vida porque nunoa forão usados entre nós. Cons. das Leis, (1) ao art. 609.

¹³⁵ Solano, Cogit. 1. n. 87 e 88; Lobão, Notas á Mello, L. 2, T. 8, § 13, n. 22. A razão é porque a herança gravada de fideicommisso é inalienavel, visto como tem de passar ao herdeiro fideicommissario.

¹³⁶ Pegas, vol. 7, ad Ord. L. 1º, T. 87 § 4, n. 218; Lobão, loc. cit.

Varião as opiniões á cerca deste ponto . Reduz-se a questão á saber em que tempo se verifica para o fideicommissario a aquisição da herança: — se ao tempo do fallecimento do testador; se ao tempo em que se realisa a condição suspensiva. Evidentemente a aquisição da herança verifica-se quando realisa-se a condição suspensiva, porque antes quem é o herdeiro, é o fiduciario: o fideicommissario só tem a spes juris.

Assim pois, morrendo um dos conjugues antes de verificada a condição, o fideicommisso não se póde raputar adquirido na constancia do matrimonio, portanto não se communica.

¹³⁷ Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 1º; Cod. Com. art. 874, § 6; Guer., Tract. 2, L. 6, cap. 1º, n. 159; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 13, n. 24.

¹³⁸ Lobão, cit., n. 16.

¹³⁹ Vej. § 43 acima e seguintes.

¹⁴⁰ Ord. L. 4, T. 60; Gama, Decis. 186. Moraes sustenta que, embora pela divida resultante da fiança prestada pelo marido em favor de arrematante das rendas publicas,



2º A que consiste em promessa, expressamente feita por um só dos conjuges, de constituir dote á filho ou filha;¹⁴¹

3º A que é originada de doação immodica de cousa movel, sem o consentimento da mulher e que não é feita em remuneração de serviços ou á titulo de esmola.¹⁴²

4º A que provem de delicto, jogos e, em geral de actos reprovados.¹⁴³

Todas estas dividas recatem sobre o conjuge que é author dellas.

62. Não se comunicação as dividas anteriores ao casamento.

No intuito de resalvar a um dos conjuges dos prejuizos que lhe acarretarião os compromissos com que o outro entrasse para o casal, a lei, derogando a um principio que rege as sociedades universaes¹⁴⁴, prescreve a incommunicabilidade das dividas passivas anteriores ao casamento, com a declaração expressa de que o conjuge não devedor não pode ser em tempo algum obrigado por ellas.

fiquem sujeitos todos os bens do casal, salvo a metade da mulher em bens de raizes; todavia, dissolvido o matrimonio, o marido ou o seu herdeiro é obrigado á résarcir á mulher ou á seus successores o prejuizo causado pela execução. (Execut. L. 6, cap. 8, n. 59.)

Esta opinião é perfeitamente consentanea com a mente da Ord. que só sacrificou o interesse da mulher ao bem do fisco: portanto, pago o fisco, se o marido tem ainda bens, é de justiça que a mulher seja indemnizada.

¹⁴¹ Pheb., Decis., 98, n. 11; Lobão Not. á Mello, L.2, T. 9 § 7, n. 4. Estando cumprida a promessa, o dote deve ser imputado á meação do conjuge que o constituia.

No casamento por carta de metade, o dote, constituido á filho commum pelo pae, entende-se feito por ambos os conjuges. Ord. L. 4, T. 91, § 1º. Todavia pode ser dado sómente pelo pae, ou pela mãe legalmente authorisada. Lobão cit. n. 6. É a esta hypothese que allude o nosso texto.

¹⁴² Ord. L. 4, T. 64. Vej. § 39 n. 4 acima. Realisada a doação, o objecto doado é por conta da meação do marido.

A promessa de vender bens de raiz sem consentimento da mulher (B. Carneiro, L. 1, T. 12, § 120, n. 34) não constitue o marido em obrigação de cumpri-la por sua meação, porque é nulla. (Ord. L. 4, T. 48.)

¹⁴³ Ord. L. 4, T. 46 § ult.; L. 5, T. 6, § 20. Valasc. Partition. cap. 24; Dobedo, P.I. Aretto20; B. Carneiro cit., § 128, n. 21; Mello, L. 2, T. 8, § 17 nota.

¹⁴⁴ Nas sociedades universaes tornão-se communs ai dividas dos socios, anteriores á sociedade. Pothier, Tract. des person. n.37.

Assim que por taes devidas não podem ser excutados, em quanto dura o casamento, senão os bens que o conjuge devedor trouxe para o casal e a sua meação nos adquiridos depois de casado.¹⁴⁵

Deste principio resulta que a divida anterior, pagina constancia do casamento, deve ser oportunamente imputada, á meação do conjuge devedor, pois de outro modo seria burlada a mente da lei.¹⁴⁶

Dissolvido o matrimonio, semelhantes dividas, pois não são do casal, senão pessoas de um dos conjuges, continuão incommunicaveis e recatem sobre a meação que, cabe ao conjuge devedor ou á seus herdeiros.¹⁴⁷

Pode, porém, acontecer que a meação que tocou ao conjuge devedor ou á seus herdeiros seja insuficiente para pagar aos seus credores e que no entanto os bens que elle trouxe e a metade dos adquiridos excedão em valor a dita meação.¹⁴⁸

Nesta hypothese tem os credores o direito de obrigar o conjuge não devedor á contribuir para o pagamento das dividas na

¹⁴⁵ Ord. L. 4, T. 95, § 4.

Esta disposição não importa hypotheca, nem privilegio algum em favor dos credores sobre os bens do conjuge devedor. Pereira, Decis. 86, n. 3.

Disem-só *adquiridos* os bens que se encontrão no casal, dedusidos os que cada conjuge trouxe e as dividas communs. Valasc. Consult. 103, n. 34.

Entre os adquiridos comprehendem-se as heranças, legados e doações. Valasc. Consult. cit., n. 27

Veja-se a Nota V11 no fim.

¹⁴⁶ Vej. a Res. sobre Consulta do Desembargo do Paço de 31 de janeiro de 1684 citada por B. Carneiro. L. 1º, T. 13, § 128, n. 13, nota (a);

¹⁴⁷ Valasc. Partition, cap. 23. n. 11: " Pari quoque modo deducuntur de parte seu *hereditate* mariti debita quas maritus debet ante matrimonium, ut aperte cavetur in ord. L. 4, T. 95. § 4. " Não é esta a hypothese expressamente prevista no citado § 4 da Ord. L. 4, T. 95, o qual tracta da execução por dividas anteriores promovida em quanto dura o matrimonio.

A solução á questão dada no texto não é senão a applicação do principio consagrado na Ord.: resguarda o direito dos credores e mantém a disposição — que o conjuge não devedor em tempo algum é obrigado pelas dividas anteriores. Moraes, de de Execution. L. 6, cap. 8, n. 66, verb. executio, soluto matrimonio...

Veja-se no fim a Nota VII.

¹⁴⁸ A hypothese é diversa da antecedente e verifica-se quando o conjuge devedor entra para o casal com uma somma de bens muito maior do que a que traz o conjuge não devedor.

proporção da vantagem, que elle obteve por não terem sido anteriormente pagas pelos bens do devedor as ditas dividas.¹⁴⁹

Comprehendem-se entre as dividas anteriores ao casamento todas as que resultão de uma *causa* ou *facto* preexistente, embora por dependerem de condição suspensiva, ou de praso, ou por outro qualquer motivo, só se tornem exigiveis na constancia do matrimonio.¹⁵⁰

Cessa a incommunicabilidade das dividas anteriores ao casamento:

1º Quando vertem em beneficio commum dos conjuges;¹⁵¹

2º Quando o outro conjuge expressamente se obriga por ellas ou consente no seu pagamento.¹⁵²

§ 63. *Das segundas nupcias quanto á communhão.*

Nas segundas nupcias, ainda havendo filhos do primeiro leito, communicão-se os bens presentes e futuros dos conjuges, da mesma forma e nos mesmos termos que no primeiro matrimonio, salvo convenção em contrario.¹⁵³

¹⁴⁹ Moraes, Execution. L. 6, cap. 8, n. 66, verb. Tunc eatenus in ojus bonis... Cabedo, Decis. 131, n. 4; Digest. Port. P II, art. 299.

¹⁵⁰ Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 15, n. 14; Cod. Civil Portuguez, art. 1,111.

Não se communicão também os juros das dividas anteriores, vencidos na constancia do matrimonio, porque tem uma causa anterior. Portugal, de Donation. L. 3, cap. 26, n. 60 e seguinte refere um caso julgado. Contra sen costume a opinião de Portugal á respeito é sustentada com argumentos solidos. Vej. Lob., cit. § 14, n. 12.

¹⁵¹ Moraes, Execution. L. 6, cap. 8, n. 54, Guerreiro, Tract. 2, L. 6, cap. 4, n. 23. Ex.: se a divida procede da compra de predio que entrou para o casal.

¹⁵² Moraes cit.. n. 55. A innovação na constancia do matrimonio, de divida anterior, não pode importar responsabilidade para o conjuge não devedor que não interveiu com seu consentimento; alias a lei seria facilmente illudida. Lobão sustenta sem rasão a opinião contraria. Nota à Mello, L. 2, T. 8, § 14, n. 13 e 14.

¹⁵³ L. 4, T. 91, § 2: "nem haverá o segundo marido parte da propriedade delles." T. 105. Pheb. Part. I. Decis. 93, n. 8; Mello, L. 2, T. 8, § 11. Neste sentido tem sido a pratica constante de julgar, attestada por antigos e modernos escriptores.

Havendo filhos de ambos os matrimonios, por morte do pae ou mãe commum, os bens do fallecido se dividem por uns e outros filhos com egualdade; segundo as regras de direito. Mello cit. nota.

São, por conseguinte, applicaveis ao regimen dos bens no segundo matrimonio os principios que regem a communhão nas primeiras nupcias.¹⁵⁴

Todavia ha as excepções seguintes:

1.^a Não se communicSo os bens herdados *ab intestato* pelo pae ou mãe binuba, de filho do primeiro matrimonio, provindos de herança paterna ou materna, existindo irmão ou irmã germanos do filho fallecido.¹⁵⁵

2.^a Não corre por conta do Casal, senão pela meação do conjugo doador, o dote feito ou promettido á filho do primeiro matrimonio.¹⁵⁶

3.^a São igualmente incommunicaveis as dividas provenientes de despesas com filhos do primeiro matrimonio, como por exemplo com alimentos.¹⁵⁷

§ 64. *Do casamento de viuva quinquagenaria, com filhos, quanto á communhão.*

A viuva quinquagenaria que tem filhos ou descendentes, fica inhibida de dispor das duas terças partes dos bens que possui ao tempo em que se ajusta casar e das duas terças dos bens que venha depois á adquirir por parte de seus ascendentes ou descendentes.¹⁵⁸

¹⁵⁴ As disposições do Direito Romano que restringido os direitos dos conjugues nas segundas nupcias (Mackeldey, § 572) não forão aceitas pelo Direito Patrio. (B. Carneiro, L. 1º, T. 17, § 155, n. 7.) Os que sustentão o contrario incorrem no erro declarado pela lei de 18 de agosto de 1769 — de considerar o Direito Civil Patrio como simplesmente correctivo do D. Romano.

As disposições contidas nos § 27, 28, 29 da lei de 29 de setembro de 1769, analogas ao Direito Romano alludido, forão suspensas pela lei de 17 de julho de 1778.

¹⁵⁵ Ord. L. 4, T. 95, § 2. Taes bens não se communicão porque a propriedade delles pertence aos irmãos do fallecido: communica-se, porém, o usufructo.

¹⁵⁶ Barbosa in leg. solut. matr. P. 4, n. 13; Phebo, P. I, Decis. 115, n. 36 e 86.

¹⁵⁷ Valasc. Consult. 118; Pereira, Decis. 55, n. 14; Guerr. Tract. 2, L. 6, cap. 5, n. 12. São dividas provenientes da obrigação anterior ao casamento o que evidentemente não são feitas em utilidade delle.

¹⁵⁸ Ord. L. 4, T 105.

Diz a citada ord.: “ao tempo em que se concertou de casar” portanto a prohibição de não poder a viuva quinquagenaria dispor das duas terças, subsiste desde do ajuste do casamento; alias a disposição da ord. seria facilmente burlada.

Se ao tempo que a quinquagenaria ajustou casamento, tinha filhos ou descendentes e estes fallecerão antes de realisar-se o casamento, cessa de ter applicação o disposto na citada ord., não só porque não se dá a razão da lei (protecção aos descendentes) como

Os ditos bens de que não pode a viuva dispor, tornão-se inalienaveis nas mãos della, e portanto não se communicão.¹⁵⁹

Não se achão porém incluídos na restricção da lei, e são, pois, communicaveis, os bens seguintes:

1º A terça que a lei deixa á livre disposição da viuva;¹⁶⁰

2º Os fructos e rendimentos das duas terças incommunicaveis;¹⁶¹

3º Os bens que a quinquagenaria na constancia do matrimonio houver por qualquer titulo, de outrem que não seus ascendentes ou descendentes;¹⁶²

4º Os bens que o marido da quinquagenaria trouxe para o casal e os que de futuro adquirir.¹⁶³

porque expressamente ella requer a existencia de filhos ou descendentes ao tempo do casamento: “quando alguma *casar... tendo filhos...*” É de notar que na palavra descendentes comprehendem-se tambem os illegitimos, uma vez que sejam herdeiros necessarios da viuva.

Os descendentes podem requerer que a quinquagenaria faça inventario de seus bens. Repert. das ordd. vol. 1º, pag. 122, nota (b).

Tem-se entendido que cessa a disposição da citada ord. L. 4, T. 105, se os descendentes renuncião expressamente ao beneficio da lei. Barb. ad. ord. cit. n. 8.

¹⁵⁹ Estão de accordo neste ponto todos os interpretes do nosso direito, a excepção de Pegas Forens. cap. 8, n. 21,25.

¹⁶⁰ Valasc. Consult. 103, n. 10; Cabedo, P. I, Decis. 114; Pheb. Decis. 93. Em contrario Mello, apoiado nas palavras seguintes da ord.: “e da terça poderá testar á sua vontade” L. 2. T. 8, § 12 nota.

Estas palavras não tem o sentido absoluto e litteral que lhes da Mello. A frase da ord. é simplesmente *adversativa*; a ord. diz “da terça poderá testar” em contraposição á idea contida na proposição anterior, isto é, que a quinquagenaria não poderá testar das duas outras terças.

¹⁶¹ B. Carneiro, L. 1º, T. 17, § 158, n. 6.

¹⁶² B. Carneiro, cit. § 158, n. 18.

¹⁶³ A disposição excepcional da ord. L. 4, T. 105 não entende litteralmente com o marido da quinquagenaria, nem em relação á elle se dá a rasão da lei. E demais uma disposição que importa restricção ao direito commum, não pode ser ampliada por via de interpretação.

A regra dos correlativos (que alias não é principio seguro de hermeneutica) não tem applicação ao caso, pois segundo os proprios glosadores, a dita regra cessa desde que é diversa a rasão dos correlativos: *si correlativorum diversa sit ratio, diversa etiam debet esse jaris dispositio*.

Egualmente não se comprehendem na restricção alludida, e ficção em consequencia, sujeitos as regras geraes acerca da communhão, os bens da viuva quinquagenaria que não tinha descendentes ao tempo que se casou, embora tivesse ascendentes e colleteraes.¹⁶⁴

§ 65. *Do dominio, da posse e administração dos bens na communhão.*

Na constancia do matrimonio permanecem os bens communs no dominio e posse do marido e da mulher.¹⁶⁵

Este é um daquelles casos em que se verifica o condominio e a posse commum (*compossessio*).

Nenhum dos conjuges é proprietario exclusivo da totalidade dos bens do casal, mas cada um tem nelles uma *metade ideal* de que não pôde dispor enquanto dura a sociedade conjugal.¹⁶⁶

Mas, como a mulher, em se casando, cahe em *incapacidade*, o marido exerce em seu proprio nome e no della todos os actos de verdadeiro senhor e possuidor.

Á elle como cabeça do casal compete a livre administração dos bens, não podendo, porém, dispor dos immoveis sem outhorga da mulher. (§ 38)

Se ao consorte da quinquagenaria não convem a communicação de seus bens, fica-lhe livre exclui-la por via de pacto antenupcial.

¹⁶⁴ Pheb. Decis. 93, n. 7; B. Carneiro, L. 1º, T. 17 § 158, n. 13.

¹⁶⁵ A incapacidade da mulher casada é como a do menor; incapacidade de facto, importa inibição do *exercício*, mas não a *extincção* do direito.... "A mulher fica na posse e cabeça de casal... o marido por morte da mulher *continua na posse velha*, justa razão é que por morte do marido fosse provido á ella de *algum remédio*, o qual remédio é ficar em posse e cabeça de casal." Ord. L. 4, T. 96 pr.

Nas palavras transcriptas quer a ord. dizer em substancia que por morte do marido a mulher readquire a capacidade, torna-se *cabeça de casal* e consequentemente fica habilitda para defender a posse, *exercendo* os remedios possessorios.

"Maritus atque uxor dicuntur simul bona possidere." Cabedo, P. I. Decis. 106, n. 1; Digest. Port. P. II. art. 319; Cod. Civil Port. art. 1,117.

¹⁶⁶ Na constancia do matrimonio não pode um dos conjuges dispor do seu direito á meação, alienando-o á um terceiro, porque isto importaria dissolução da communhão em relação á elle: o que não está em sua vontade fazer. Pode, porém, deixar a sua meação á quem lhe aprouver por acto de ultima vontade, não tendo herdeiro necessario.

Por excepção, na casos em que a mulher assume a administração do casal, como quando o marido se acha ausente ou quando elle lhe dá para isso authorisação. (§ 41)

§ 66. Dos modos pelos quaes se dissolve a communhão.

A communhão universal de bens, effeito do casamento, tem a sua razão de ser na sociedade conjugal.

Assim que: ella subsiste em quanto subsiste a sociedade conjugal; dissolve-se logo que se dissolve a sociedade conjugal.

Isto posto, segue-se que a communhão cessa:

1º Por morte de um dos conjuges;

2º Pela entrada de um dos conjuges em religião aprovada;¹⁶⁷

3º Pela sentença que annulla o casamento, declarando-o putativo;¹⁶⁸

4º Pela partilha dos bens feita em virtude de sentença de divorcio perpetuo.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 7, n. 5; B. Carneiro, L. 1, T. 11, § 114, n. 7. Depois do casamento consumado não é licito é um dos conjuges professar em religião approvada sem consentimento do outro.

¹⁶⁸ Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 7, n. 5; B. Carneiro, L. 1º, T. 13, § 129, n. 1. Veja-se o § 32.

Se o casamento não é putativo, a declaração da nullidade desfaz os seus effeitos desde o dia da celebração: não houve, portanto, communhão; cada conjuge recebe os bens com que entrou e os adquiridos na proporção destes. Vej. o § 31.

¹⁶⁹ P. Barbosa, in Leg. Solut. matrimonio, P. II, n. 49, 55, 56; Pheb. Deces. 72, n. 2 e 3 ; Moraes, Execut. L. 6, cap. 1º, n. 36; Gam. Decis. 357, n. 2; Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 7.

A communhão tem por causa, não simplesmente o vinculo do matrimonio, mas a sociedade conjugal; tanto que do casamento ainda não consumado (rato) não resulta a communhão.

A sentença de divorcio perpetuo rompe a sociedade conjugal: marido e mulher ficam separados; cessa o poder marital.

Se, pois, o divorcio opera a dissolução da sociedade conjugal, ipso facto põe fim a communhão.

Não tem fundamento em direito a opinião d'aquelles que sustentão que os bens adquiridos depois do divorcio pelo conjuge que lhe deu causa, communicão-se em

§ 67. *Efeitos da cessação da comunhão.*

Dissolvida a sociedade conjugal, a comunhão termina de direito, mas os bens conservam-se indivisos na posse do cônjuge sobrevivente até que se ultime a partilha.¹⁷⁰

Ao cônjuge que fica em posse e cabeça de casal, confere a lei os poderes necessários para administrar, zelar e defender os bens pertencentes à comunhão.¹⁷¹

Das mãos delle devem os herdeiros do cônjuge defuncto receber os seus quinhões, e os legatários os legados.¹⁷²

Não ficão, porém, na posse do cônjuge sobrevivente e devem ser imediatamente entregues aos herdeiros do outro cônjuge, os bens incommunicáveis que lhe pertencião¹⁷³. Todavia se n'esses bens se praticarão bemfeitorias na constância do casamento, o cônjuge em posse e cabeça de casal tem direito a rete-los até que seja pago de metade do valor das ditas bemfeitorias.¹⁷⁴

Se a comunhão cessa por outro motivo que não a morte de um dos cônjuges, continua o marido na posse até que se conclua a partilha.¹⁷⁵

benefício do cônjuge inocente. Uma semelhante doutrina importaria uma pena para o cônjuge culpado, pena que não pode prevalecer, porque não há lei que a comine. Mello, L. 2, T. 8, § 7.

¹⁷⁰ Ord. L. 4. T. 95, pr.. A mulher só pode ficar em posse e cabeça de casal, tendo vivido conjuntamente com o marido "em casa teúda e manteúda" ord. cit.

¹⁷¹ A exposição dos direitos e obrigações do cabeça de casal pertence à outra Divisão do Direito.

¹⁷² Cit. ord. L. 4, T. 95 pr.

¹⁷³ Cit. ord. § 1º.

¹⁷⁴ Cit. ord. *ibidem*. As bemfeitorias operadas em bens incommunicáveis não se compensão com os frutos provenientes desses bens na constância do matrimônio, porque tais frutos comunicam-se; mas podem ser compensados com os frutos percebidos depois da morte do cônjuge até a conclusão da partilha. B. Carneiro L. 1º T. 13, § 130, n. 13.

As bemfeitorias estimam-se pelo que valem ao tempo da restituição. B. Carneiro loc. cit. Sendo modicas, não dão direito à retenção, ord. L. 4, T. 97, § 22 arg. Valasc. Consul. 111, n. 18.

¹⁷⁵ No caso de divórcio ou de ser o casamento declarado putativo.

Durante o tempo em que se conservão indivisos os bens do casal; communicão-se e entrão em partilha as accessões sobrevividas e os fructos e os rendimentos, não, por effeito da sociedade universal que já deixou de existir, senão pelo principio que os augmentos e os productos da coisa *indivisa* pertencem aos comproprietarios na proporção do quinhão de cada um.¹⁷⁶

Comprehendem-se tambem entre os bens sujeitos á partilha todos os lucros e ganhos acontecidos desde a dissolução da sociedade conjugal até findarem-se as partilhas, provenientes de causa anterior¹⁷⁷ e os adquiridos com as rendas e fructos dos bens communs, sendo com tudo permittido aos herdeiros chamar á conferencia a importancia das proprias rendas e fructos.¹⁷⁸

É, porém, de notar que não se iucluem na classe dos bens partilháveis os adquiridos no dito periodo pelo conjuge sobrevivente, á titulo gratuito, ou ainda oneroso sem o concurso dos capitaes communs.

Semilhantes acquisições, pois se realisarão em tempo em que já estava dissolvida a sociedade universal e não são consequencias do *pro indiviso* nem dependencia do monte partivel, constituem propriedade particular do acquirente.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Ord. L. 4, T. 96, § 3, 7, 8; § 4, I de oblig. quae ex contract. nasc. Fr. 16, § 4, fr: 17; fr 25 § 16; fr. 29, 44 § 3. D. famil. ersciscund.

¹⁷⁷ Arouca, Allegat. 24. n. 2, 4, 10; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T.8, § 7, n.7.

¹⁷⁸ Ord. L. 4, T. 96, § 7 e 8: com certas distincções.

¹⁷⁹ Como por exemplo: os bens obtidos pela propria industria, as cousas doadas ou herdadas.

Valasco (Consult. 166) sustenta que se communicão os bens que o viuvo por industria propria adquiriu depois da morte do outro conjuge até a partilha, permanecendo elle na ignorancia deste acontecimento.

TITULO TERCEIRO

Do regime da simples separação de bens.

§ 68. *Natureza deste regimen.*

É lícito aos esposos estipularem nas convenções antenupciaes o pacto de separação de bens.

Este pacto pode ser:

Expresso, como quando declaram as partes — que se querem casar com separação de bens, ou com exclusão da communhão, ou que seus bens serão incommunicaveis.¹⁸⁰

Ou tacito, quando resulta virtualmente de clausulas incompatíveis com a communhão, como é a de que cada um dos conjuges administrará seus bens e só responderá pelas dividas que contrahir.¹⁸¹

O pacto de simples separação de bens traz como consequencia a incommunicabilidade de todos os bens que cada um dos conjuges possui ao tempo do casamento; communicação-sc, porém, os fructos e rendimentos delles provenientes¹⁸² e os adquiridos na constancia do matrimonio, não havendo clausula expressa em contrario.¹⁸³

¹⁸⁰ O regimen da simples separação de bens acha-se authorisado pela ord. L. 4, T. 46 pr. verb. "salvo quando entre as partes *outra cousa for accordada e contractada porque então se guardara o que for entre elles contractado.*"

Dão delle noticia os antigos escriptores. Barb. Fr. Solutio matr. P. 4, n. 100, Pereira, Decis. 53, n. 14, M. Barboza ad ord. T. 46, pr. n. 3.

A lei de 24 de setembro de 1864 art. 3, § 1º, faz-lhe expressa allusão verb.: "pelos contractos antenupciaes *exclusivos da communhão.*"

¹⁸¹ Lob. Not á Mello. L. 3, T. 8, § 9, n. 5. Como no caso de clausula reversiva, de usufructo. Dig. Poet. Port. II. art. 212 e seguintes.

¹⁸² Mello, L. 2, T. 8, § 10; Dig. Port. P. 11, art. 224.

¹⁸³ Valasc. Consult. 103, n. 7; Gama, Decis, 314, n. 5: Matrimonio enim contracto, omnia bona efficiuntur communia, exceptis is de quibus specialiter disponitur per contrahentes. Digest. Port. P. II, art. 222; Cod. Civil Port. art. 1,125.

Tal é o principio dominante do nosso direito: assim que se não ha *disposição especial* acerca dos adquiridos, elles cabem sob a regra geral.

O que caracteriza este regimen e constitue-lhe o typo, é a simples incommunicabilidade de bens.

Póde elle com tudo ser modificado pela adjuncção de clausulas que declarem communicaveis uma certa classe de bens, ou que dêem aos incommunicaveis a natureza de inalienaveis.¹⁸⁴

§ 69. Não se communicão as dividas.

No casamento com pacto de separação de bens não se communicão as dividas, ou fossem, contrahidas antes ou na constancia delle. É responsavel por ellas o conjuge que as trouxe ou que as contrahiu.¹⁸⁵

Assim pois não são os bens da mulher obrigados pelos empréstimos do marido ou por quaesquer, compromissos que tomasse, salvo:

1º Se se obrigou, expressamente;¹⁸⁶

2º Se a divida, verteu em vantagem della, como se o dinheiro proveniente fora, applicado a conservação ou ao melhoramento dos bens que lhe pertencem;¹⁸⁷

3º Se foi em proveito de ambos, como para despesas communs, para compra e melhoramento dos adquiridos: hypotheses em que ella só responde por metade.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Lob. cit., n. 10.

¹⁸⁵ A incommunicabilidade dos bens traz como consequencia a incommunicabilidade das dividas, (ord. L. 4 tit. 95 § 4 arg.)

¹⁸⁶ Se no regimen da communhão a mulher fica obrigada pela divida do marido anterior ao casamento, consentindo expressamente; não ha razão para que não prevaleça o mesmo principio no regimen da simples separação de bens. B. Carneiro L. 1º § 136 n. 3.

¹⁸⁷ É mister provar a versão em proveito della. B. Carneiro loc. cit. n. 4.

¹⁸⁸ B. Carneiro, loc. cit, n. 5. Entrão nesta classe as despesas feitas com o sustento do casal, com alugueis de casas etc. Os *adquiridos* são sujeitos ao pagamento das dividas communicaveis. Dig. Port. P. II, art. 244.

§ 70. *Da natureza e condição dos bens.*

O pacto de simples separação de bens não sujeita os bens dos conjugues á um nexu particular, subtrahindo-os á circulação.¹⁸⁹

O marido conserva a faculdade de dispor livremente de seus bens; precedendo outhorga da mulher quanto aos de raiz.¹⁹⁰

Não lhe é permittido, porém, alienar os que são proprios da mulher sem consentimento della.¹⁹¹

A mulher, por isso que está subordinada ao poder marital, não pode dispor de seus bens, moveis ou immoveis, salvo nos casos exceptuados em direito.¹⁹²

§ 71. *Administração, dominio e posse dos bens.*

Ao marido como cabeça de casal compete, qualquer que seja o regimen do casamento, a administração de todos os bens do casal.¹⁹³

Donde segue-se que no regimen da simples separação de bens, os que a mulher traz, e os que de futuro adquire, ficão sujeitos a administração do marido.¹⁹⁴

Para segurança da restituição destes bens e das indemnisações por extravio, perda ou deteriorações, tem a mulher hypotheca legal nos immoveis do marido.¹⁹⁵

¹⁸⁹ A inalienabilidade é privilegio dos immoveis dotaes inestimados ou estimados *taxationis* causa. Veja-se § 75 adiante.

¹⁹⁰ Ord. L. 4 tit. 48.

¹⁹¹ Lob. Not. a Mello L. 2 tit. 9 § 15 n. 7. — B. Carneiro, L. 1º tit. 16 § 151 n. 4.

¹⁹² Veja-se o § 41.

¹⁹³ Lob. Not. á Mello L. 2 T. 9 § 15 n. 4.

¹⁹⁴ Na faculdade de administrar comprehende-se o direito de alienar as cousas que são de vender-se como os fructos de predios rusticos, as madeiras de bosques destinados ao corte, etc.

Neste regimen subsiste a incapacidade da mulher casada para alienar bens e contrahir dividas. Lob. cit.

Sem embargo que de direito pertence ao marido administrar os bens do casal, podem validamente convencionar o pacto — que a mulher fique com a livre administração dos seus, independentemente de intervenção do marido.¹⁹⁶

Tenha ou não a mulher a administração de seus bens, é fora de toda duvida que o dominio e posse delles lhe pertence exclusivamente.

E pois praticando com relação aos ditos bens actos de senhor e possuidor, figura o marido na scena juridica, não em seu nome, mas em nome e como representante da mulher.¹⁹⁷

§ 72. Destino dos bens, dissolvida a sociedade conjugal.

Fallecendo um dos conjuges, continua o sobrevivente na posse de seus bens; os que, porém, pertencião ao defuncto, devem ser logo entregues aos seus herdeiros para os quaes passa immediatamente a posse do author da herança com todos os seus efeitos.¹⁹⁸

Todavia poderão os ditos bens conservar-se em poder do viuvo, até que se fação as partilhas¹⁹⁹, se houve pacto de que o conjuge sobrevivente ficaria em posse e cabeça de casal.²⁰⁰

¹⁹⁵ Lei de 24 de setembro de 1864 art. 3 § 1º A hypotheca não vale contra terceiro se os bens da mulher não houverem sido estimados no contracto antenupcial. Lei cit. art. 3 § 9.

¹⁹⁶ Lob. cit. § 25 n. 9. Nesta hypothese as dividas que a mulher contrahe, como as vendas que faz de moveis, valem independentemente de authorisação do marido. Quanto aos immoveis, não poderá aliena-los sem outhorga especial do marido. Consolid. das L. Civis nota (2) ao art. 122.

¹⁹⁷ A mulher pelo facto do casamento, visto que não ha communhão, não transfere o dominio; portanto conserva-o. O marido não pode ter a posse, porque detem simplesmente os bens em nome da mulher, faltando-lhe a intenção de possui-los como proprios. Esta é a realidade dos factos.

¹⁹⁸ Valasc. de Part. cap. 6, n. 35, Reper. tom. 3, pag. 451, B. Carneiro, L. 1, § 137, n. 1.

¹⁹⁹ Como se fazem as partilhas, quando o casamento não é conforme o costume do Imperio: veja-se Valasc. cit. cap. 23.

²⁰⁰ Valasc. cit. cap. 6, n. 22: B. Carneiro, L. 1, § 139, n. 1, nota (a).

TITULO QUARTO

Do regimen dotal²⁰¹

§ 73. *Noção de dote.*

Dote, em sua significação rigorosamente juridica, é a porção de bens incommunicaveis, que a mulher ou alguém por ella, transfere ao marido para com os fructos e rendimentos provenientes sustentar os onus do matrimonio, sob a clausula de restituição de taes bens, dissolvida a sociedade conjugal.²⁰²

Desta noção resulta que, para a composição da *essencia* do dote, entrão como elementos: a incommunicabilidade dos bens dotaes; a sujeição delles ao poder do marido; a destinação dos fructos e rendimentos ás sustentação dos encargos do matrimonio; e finalmente a clausula de restituição, á mulher ou á seus herdeiros, ou ao instituidor do dote.²⁰³

A reunião destes caracteres, creados pela convenção antenupcial, constitue *dotaes* os bens e os sujeita ás leis do *regimen dotal*.

²⁰¹ Acerca dos dotes a legislação patria é quasi totalmente omissa. Temos apenas exparsas nas ordenações e em leis antigas e modernas uma ou outra disposição isolada.

Rege a materia, como subsidiario o Direito Romano, com as modificações trazidas pelo uso moderno e pela necessidade de accomodar as suas disposições ao espirito e ás peculiaridades do nosso Direito.

Forão estas modificações lentamente operadas pelos costumes, pela jurisprudencia dos tribunaes e pela elaboração scientifica do Direito.

Achão-se virtualmente revogados entre nós pela constituição politica do Imperio, o Alvará de 14 de agosto de 1645 e as leis de 17 de agosto de 1761 e de 4 de fevereiro de 1765, as quaes estabelecão prescripções especiaes acerca de dotes, alfinetes e apanagios nos casamentos dos nobres.

²⁰² Fr. 2, pr.; fr. 56, § 1º; fr. 76 D. de jure dotium (23.3.)

Vulgarmente e ainda em linguagem juridica, no sentido lato, dá-se a denominação de *dote* aos bens que a mulher traz para o casal, qualquer que seja o regimen do casamento. Vej. Manual do Tabellião. § 136.

²⁰³ Póde-se estipular, que premorrendo a mulher, lucre o marido o dote. Veja-se § 79.

A inalienabilidade não constitue character essencial do dote. Os bens podem ser inalienaveis sem serem dotaes; e dotaes sem ser inalienaveis.

O *dote*, segundo o espirito da legislação moderna tem um duplo fim: — garantir á sociedade conjugal meios de satisfazer suas variadas necessidades, e assegurar a sorte da mulher para os dias da viuvez.²⁰⁴

§ 74. *Bens que podem ser dados em dote.*

Um dos fins do dote é fornecer ao marido meios de sustentar os onus do matrimonio.

D'ahi a consequencia que podem ser objecto do dote bens de todo o genero.

Podem, pois, ser dados em dote:

1º Cousas moveis ou immoveis, ainda litigiosas²⁰⁵, apolices da divida publica, tenças, pensões, acções de companhias commerciaes.²⁰⁶

2º Direitos reaes, como o dominio util²⁰⁷, o usufructo²⁰⁸, a renuncia d'um direito real em favor do marido.²⁰⁹

3º Direitos pessoaes, como um credito contra terceiro²¹⁰, a renuncia d'um credito de que é devedor o proprio marido.²¹¹

²⁰⁴ Entre os Romanos o dote tinha por fim capital facilitar os casamentos: pelo que era muito favorecido do Direito. (Fr. 7, de jure dot.; fr. 1 D. solut. matrim.) Virgo illocabilis chamava Plauto a que não tinha dote.

²⁰⁵ Ord. L. 4 T. 10 § 11.

²⁰⁶ Lobão, Not. Á Mello L.2 T. 9 § 11, n. 3, Digest. Portug. P. II, art. 96 e 101.

²⁰⁷ Ord. L. 4 T. 38 pr. Da disposição desta ord. vê-se que o emphiteuse não pode ser dado em dote sem previa notificação do senhorio directo, não de certo para exercer o direito de prelação, impraticavel na hypothese (Valasc. Consult. 113) mas para reconhecer o novo emphiteuta e declarar se tem justo motivo para não aceita-lo. Cabedo, P I, Decis. 104, n. 2.

Entendem a citada ord. de modo vario os nossos antigos escriptores, fazendo uns e outros segundo seu costume, distincções que a letra terminante do texto repelle. Gam. Descis. 116, 243 e 244; Valasc. Consult. 113; Cabedo, P. I. Decis. 103 e 104.

²⁰⁸ Fr. 4 § 2; fr. 66, D. de jure dot. (23, 3.)

Quando o dote consiste em usufructo, pensão, tença; o que é objecto do dote é o direito e não os fructos e rendimentos, que, como os de quaesquer outros bens dados em dote, são destinados á sustentação dos encargos do matrimonio. Cit. fr. 7 § 2: Putare se jus ipsum in dote esse, non fructus qui percipiuntur.

²⁰⁹ Fr. 78 e 57, D. de jure dot. Virifica-se esta hypothese, quando, sendo do marido a propriedade da cousa, a mulher, á quem pertence o usufructo, lhe faz delle cessão, á titulo de dote. Si cum haberet mulier fructum, viro cujas erat proprietas usumfructum cessit.

4º A renúncia em favor do marido de um direito deferido, como uma sucessão.²¹²

O dote pode consistir em um objecto singular, como um predio; em uma porção de bens, como a legítima materna da mulher; e ainda em uma universalidade de bens, como quando a mulher constitui em dote todos os bens que possui ao tempo do casamento²¹³ ou a herança que para esse fim lhe fora deixada.²¹⁴

§ 75. *Estimação do dote.*

O dote que não consiste em dinheiro ou em coisa de quantidade, pode ser dado ao marido com ou sem a declaração de seu valor monetário; no primeiro caso se diz *dote estimado*; no segundo, *dote inestimado*.²¹⁵

A estimação tem ordinariamente, por fim fixar o valor dos bens (*dos tuxationis causa aestimata*), já para se saber em quanto monta o dote, já para determinar-se com precisão e segurança a indemnização que o marido será obrigado a prestar se os bens perecerem ou se deteriorarem por culpa sua.²¹⁶

²¹⁰ Const. 2. C. de obligat. et act. (4.10)

²¹¹ Fr. 12 § 2; fr. 41 § 2, D. de jure dot. (23.3)

²¹² Fr. 14 § 3, D. de fund. dot. (23. 5): Si substituto viro omiserit hereditatem vel legatum: erit fundus dotalis.

²¹³ Fr. 72 pr. D. de jure dot.; Const. 4 C. de jure dot. (5.12): Nulla lege prohibitum est universa bona in dotem faeminam dare. Neste caso o dote entende-se constituído, deduzidas as despesas pelas quais não fica o marido pessoalmente obrigado. Cit. fr. 72.

²¹⁴ Fr. 13 § 10, D. de heredit. petition. (5. 3.) O marido, posto na hipótese figurada, possui *pro dote*, é reputado successor da mulher na herança e pode ser demandado pelas dívidas que a oneram até a concorrente quantia.

²¹⁵ Fr. 10 pr. D. de jure dot. (23. 3); Makeldey, Droit Romain, § 554.

Também se divide o dote em *profecticio* e *adventicio*. Na linguagem do nosso Direito *dote profecticio* é o que é constituído pelo pai, pela mãe, ou pelos avós da mulher: *adventicio* é o que não é profecticio, isto é, o que é feito pela própria mulher ou por terceiro.

Segundo o Direito Romano, dote profecticio era tão somente o que provinha do pai ou do avô paterno da mulher. Fr. 5 D. de jure dot. (23. 3)

²¹⁶ Por Direito Romano a simples estimação sem declaração em contrário importava venda. Fr. 4 e 5 § 10 D. de jure dot.; Const. 5.10. C. de jure dot.

Todavia pode a estimação importar alienação dos bens ao marido (*dos venditionis causa aestimata*): o que acontece, ou quando vem declaração expressa nesse sentido, ou quando do contexto da escriptura se depreheende que essa é a tenção das partes.

Os interpretes do Direito Civil acumulão regras para se saber quando a estimação importa venda ou simples fixação de valor.²¹⁷

São diferentes e importantes os effeitos resultantes da estimação, segundo ella significa venda ou mera taxação de valor.²¹⁸

Por evitar duvidas, pois, aconselha a prudencia que no instrumento dotal se declare expressamente a intenção com que é feita a estimação.

§ 76. *Por quem pode ser constituído o dote?*

Pode o dote ser constituído pela propria noiva, pelo pae, pela mãe, pelos avos²¹⁹ ou por um terceiro estranho.²²⁰

Ha certas peculiaridades do dote, que varião segundo a pessoa que o constitue.

E são as seguintes:

1º O dote feito pela propria mulher pode abranger todos os seus bens, ou sómente parte delles²²¹: tanto em uma como em outra hypothese reputa-se o dote consistente nos bens que restão, deduzidas as dividas.²²²

O *uso moderno*, porém, tem corrigido a disposição do Direito Romano, fazendo prevalecer justamente o principio contrario: que a estimação, sem declaração em contrario, não vale venda, senão simples taxação de valor. Brunem, ad. Const. 5. C. de jure dot.; Manual do Tabellião. § 140 nota; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 148, n. 1 e 2 nota (a).

Segundo o cod. civil fr., não havendo estipulação em contrario, a estimação dos immoveis não importa venda. Art. 1551 e 1552.

²¹⁷ Bagn. Cap. 22; Voet. ad. Pandect. L. 23, T. 3, n. 19; Brun. loc. cit.

²¹⁸ Veja-se o § 83.

²¹⁹ Nem o pae e mãe, nem os avós maternos ou paternos, são, segundo o nosso Direito, obrigados a dotar a filha ou neta. Veja-se a nota VIII no fim.

²²⁰ Fr. 5 pr. e § 1; fr. 72; fr. 6, § 9, 11, 14, D. de jure dot. (23.3)

2º O dote promettido ou dado pelo pae ou pela mãe, existindo outros filhos, não pode exceder a legitima é terça do dotador.²²³ Na parte em que vai além das forças da legitima é terça, é inofficioso: a dotada, portanto fica obrigada a restituir o excesso.²²⁴

3º O dote constituído pelo pae ou pela mãe, não havendo declaração em contrario, é considerado adiantamento de legitima, devendo ser completado pela terça no que exceder a legitima.²²⁵

4º Quando o dote é dado pelo pae conjunctamente com a mãe, entende-se que cada um delles contribuo com metade, qualquer que seja o regimen do casamento.²²⁶

5º Quando pae e mãe são casados por carta de metade, o dote em moveis dado pelo marido, é considerado divida commum²²⁷. Se o dote consiste em immoveis, não póde ser dado sem consentimento da mulher.²²⁸

6º Nos regimens exclusivos da communhão o dote dado por um só dos conjuges, sahe de seus bens e não dos do outro conjuge.²²⁹

7º A mulher, por isso que vive sob o poder marital, não pode, qualquer que seja o regimen de seu casamento, constituir dote á filha sem authorisação do marido, salvo em bens que segundo convenção antenupcial ficarão á sua livre disposição.²³⁰

²²¹ Const. 4. C. de jure dot. (5.12)

²²² Fr. 72, D. de jure dot.; Cabedo, Part. I, Decis. 177 n. 2

²²³ Ord. L. 4, T. 97, § 3.

²²⁴ Ord. cit.; Cabeio, P. I, Decis. 108, n. 4.

²²⁵ Ord. cit. verb. "Porque as terças..." Digest. Port. Part. II, art. 88; cod. civil Port, art. 1147.

²²⁶ Ord. L. 4, T. 97 pr.; Valasc. Consult. 127; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 139, n. 7 e 21.

²²⁷ B. Carneiro, cit. § 139, n. 18.

²²⁸ Ord. L. 4, T. 48; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 9, § 7, n. 5. Qualquer que seja o regimen do casamento.

²²⁹ Porque nestes regimens o marido não pode dispor dos bens pertencentes á mulher: (§ acima).

²³⁰ Phebo, Decis. 96, n. 1 e seguint.; Decis 98, 180, a. 2; B. Carneiro, cit. § 139, n. 25.

8º O dote feito pelos avós, paternos ou maternos, entra na classe das doações dos ascendentes aos descendentes e portanto deve vir á colleção nos mesmos casos em que á ella são sujeitas taes doações.²³¹

9º O dote constituído por terceiro é uma mera liberalidade, de estranho em favor do casamento, e como tal fica subordinado aos principios geraes de direito que regem as *doações*.²³²

§ 77. *Do contracto dotal; suas formalidades.*

O dote é constituído por *acto entre vivos* ²³³. Este acto, quando nelle intervem uma terceira pessoa, encerra em si dous contractos: um entre a mulher e o dotador, outro entre u mulher e o marido; mas é sempre da mulher que se reputa provirem os direitos do marido. ²³⁴

Pois que é um perfeito contracto, o acto constitutivo do dote vem a entrar na classe das convenções matrimoniaes, de que forma a especie mais usual, e é como tal sujeito ás regras quefixão as formalidades de semelhantes convenções.

Donde segue-se:

²³¹ Ord. L. 4, T. 97, § 21: Gama, Decis. 34.

²³² Mourlon, Repet. Escrit. L. 3, T. 5, n. 340.

Assim não pode o dotador doar todos os seus bens; o dote é revogavel pela superveniencia de filho, etc.

²³³ Segundo o Direito Romano podia o dote ser constituído por acto de ultima vontade: o que acontecia, ou quando, sendo algum objecto legado á mulher dotis nomine, ella o dava ao marido em dote; ou quando o objecto era directamente legado ao marido como dote. Neste ultimo caso a constituição do dote bascava-se no proprio legado. (Makeldey, § 555, n. 1 e 2.)

Segundo o nosso Direito o dote é sempre constituído por contracto. Se uma cousa é deixada á mulher nomine dotis, ou directamente ao marido; nem por isso ha dote, se não se lavra, antes do casamento, a respectiva escriptura.

²³⁴ Mourlon, Repet. Escrit. L. 3, T. 5, n. Guer. Tract. 2, L. 7, cap. 5, n. 1. Assim, o dote quando constituído pelo pae ou pela mãe, vem á collação: o que não aconteceria se o dote fosse directamente constituído ao marido. (Ord. L. 4, T. 97 pr.)

1. Que a convenção dotal ha mister ser reduzida á escriptura publica sob pena de não valer;²³⁵

2. Que, sob a mesma pena de nullidade, deve ser celebrada antes do casamento;²³⁶

3. Que não pode ser modificada na constancia do matrimonio.²³⁷

O dote é uma liberalidade em favor da mulher; portanto, em regra, sem insinuação não vale alem da taxa da lei.²³⁸

Por não importarem verdadeira doação, são isentos de insinuação:

1. O dote constituido pela propria mulher com seus bens ou com bens que para esse fim lhe forão deixados;²³⁹

2. O dote feito pelo pae ou pela mãe, comtanto que não exceda a legitima e mais a taxa da lei;²⁴⁰

3. O dote dado pelos avós, quando não é tirado da terça.²⁴¹

§ 78. *O dote não se presume.*

Não só por subordinar os bens a um nexo particular como por importar derrogação do direito commum, deve o dote ser constituido

²³⁵ Pela antiga legislação o dote podia ser feito por escriptura publica ou particular, segundo o seu valor excedia ou não a taxa da lei. Assento de 21 de julho de 1536 e ord. L. 3, T. 59 pr. O citado Assento vem nos Estilos de Costa pag. 124.

Hoje a escriptura publica é de substancia do acto, Veja-se § 52.

²³⁶ Guer. Tract. 2, L. 7, cap. 16, n. 13; Lob. Notas á Mello, L. 2, T. 8, § 8, n. 3; Dig. Port. P. II, art. 79; Cod. Civil. Fr. art. 1394; Cod. Civil Portuguez, art. 1096.

²³⁷ Vej. § 53; Cod. Civil Port. art. 1105. Não pode, pois, o dote ser augmentado ou diminuido na constancia do matrimonio, salvo por accessão.

²³⁸ Ord. L. 4, T. 62; Lei de 25 de de janeiro de 1775 e Assento de 21 de julho de 1797.

A taxa da lei é de 360\$, sendo o dote constituído por varão; de 180\$ sendo por mulher. Ord. L. 4, T. 62 e Alv. de 16 de set. de 1814.

²³⁹ Mello, L. 2, T. 9, § 20.

²⁴⁰ Cit. Ass. de 21 de julho de 1797. No caso figurado o dote não é senão um adiantamento de legitima.

Quando o dote consiste em prazos e é por conta da terça, só fica sujeito á insinuação, quando o usufructo é logo transferido. Cit. Ass.

²⁴¹ Cit. Ass. (arg.)

expressamente, ou em termos de que se induza a intenção positiva das partes de sujeitarem os bens designados na escriptura ao regimen dotal.²⁴²

Assim que: a constituição do dote não se presume, mas carece ser provada.²⁴³

§ 79. Dos pactos permittidos no contracto dotal.

Ao contracto dotal podem-se juntar os pactos que não forem contrarios aos bons costumes, á natureza e fim do dote e á prohibição das leis.²⁴⁴

Entre outros são licitos os pactos seguintes:

1. Que tomem a natureza de dotaes todos os bens que a mulher adquirir na constancia do matrimonio, por herança, legado ou doação ou por qualquer outro titulo.²⁴⁵

2. Que sejam igualmente *dotaes* os bens que forem havidos com o dinheiro doado em dote ou com o preço dos bens dotaes que forem vendidos.²⁴⁶

3. Que o dote reverta ao dotador, dissolvida a sociedade conjugal, quer a dotada tenha filhos, quer não.²⁴⁷

²⁴² Mello L. 2, T. 9, § 3: Lob. Notas á Mello, L. 2, T. 8, § 8, n. 4; Mourlon, Repet. Escrit. L. 3, T. 5, n. 344.

²⁴³ Mello cit.; Makeldey, Droit Romain, § 555, in fine.

²⁴⁴ Ord. L. 4. T. 46 pr.; Mello, L. 2. T. 9, § 25. Vej. acima o § 54.

São oppostos á natureza e ao fim do dote estes pactos: — que o marido não perceba os fructos e rendimentos do dote, — que os restitua, — que seus herdeiros não sejam obrigados a restituir o dote em todo ou em parte, — que elle não seja responsavel pelos damnos e perdas causadas por culpa sua. Heinecio, ad. Pandect. P. IV, § 203 e seg.

²⁴⁵ Const. 4. C. de jure dot. (5.12) Dig. Port. P. II, art. 83.

Não havendo estipulação á respeito, os bens que a mulher adquire no decurso da sociedade conjugal, não se podem converter em dotaes, visto como semelhante conversão importaria augmento de dote, o que não é permittido. Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 9, § 11, n. 5; Mourlon, Repet. Escrit. L. 3, T. 5, n. 317.

²⁴⁶ Lobão, loc. cit. n. 2.

Ainda sem esta clausula, podem o marido e a mulher ,declarar na escriptura do compra que fiquem os bens comprados subrogados no lugar do dinheiro. Uma semelhante declaração vale, porque na realidade não ha augmento de dote.

²⁴⁷ Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 9. § 22, n. 4. Quando o dotador é o pae ou a mãe, a reversão só pode ser estipulada na parte em que o dote entra pela terça. Lob. cit. n. 2.

4. Que, premorrendo a mulher sem deixar herdeiros necessarios, lucre o marido o dote.²⁴⁸

5. Que a administração dos bens dotaes pertença á mulher, ficando ella obrigada á contribuir com os fructos do dote para a sustentação dos encargos do matrimonio.²⁴⁹

§ 80. *Da acção que compete ao marido para haver o dote promettido.*

Do contracto dotal resulta:

Para o dotador, a obrigação de entregar o dote, realizado o casamento, a não ter havido estipulação de praso;²⁵⁰

Para o marido, a acção competente para exigir o cumprimento daquella obrigação.²⁵¹

E pois que o dote é dado para sustentação dos onus do matrimonio, se não é entregue no tempo devido; ao marido assiste direito para haver os fructos e rendimentos correspondentes ao tempo da mora.²⁵²

Dissolvendo-se na hypothese alludida a sociedade conjugal, cessão de correr os fructos e rendimentos ²⁵³, mas subsiste sempre o direito de cobrar os que se vencerão na constancia do matrimonio.²⁵⁴

²⁴⁸ Fr. 2, Dig. de pactib. dotalib.; Mello, L. 2, T. 9, § 22, nota. É uma excepção ao principio segundo o qual são prohibidos os pactos successorios.

Este pacto só prevalece, não deixando a mulher herdeiros necessarios; pois aliás importaria alteração na ordem legal da successão, o que não é permittido Vej. § 54 acima.

²⁴⁹ Guerr. Tract. 2, L. 7, cap. 6, n. 1; Brun. ad. Const. 4 C. de jure dot: Lobão, Not. à Mello, L. 2, T. 9. § 25, n. 9.

²⁵⁰ Ord. L. 3, T. 25. § 5; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 143, n. 2; Doctrin. das Acç. § 304 e nota 671.

²⁵¹ Cit. ord. *ibidem*; Const. unic. § 1º de rei uxor. act. (5.11); Doctrin. das Acç. § 303 e nota 670.

²⁵² Valasc. Consult. 8 e 84; Cabedo, P. I, Decis. 123; B. Carneiro, cit. § 143, n. 3. Se o dote promettido consiste em dinheiro, são devidos os juros legaes; se em bens, os rendimentos.

²⁵³ Barbos, ad. ord. L. 4, T. 67, § 1º, n. 4.

²⁵⁴ Valasc. Consult. 8, n. 9 e 10; 84, n. 1 e 2.

Pode o promittente do dote dar ao marido, em penhor da promessa, um predio ou objecto semelhante, transferindo-lhe o direito de perceber os rendimentos da coisa empenhada enquanto o dote não for pago.²⁵⁵

Neste caso os rendimentos percebidos na constancia do matrimonio reputão-se fructos do dote promettido e em consequencia não podem ser contados para perfazer o dote.²⁵⁶

A acção que compete ao marido para haver o dote é a de assignação de dez dias.²⁵⁷

§ 81. *O dotador não é obrigado á evicção.*

Se a coisa dada em dote for reivindicada do marido por terceiro que sobre ella tenha direito, o do tanto não é obrigado á prestar a evicção, pois que o dote é constituído por um acto de sua natureza gratuito.²⁵⁸

²⁵⁵ Ord. L. 4, T. 67, § 1º; C. 16 X de usuris (5.19): Sane generum ad fructus possessionum quae sibi a socero sunt pro numerata dote pignori obligatae, *computandos in sortem* non credimus compellendum: cum frequenter dotis fructus non sufficient ad onera matrimonii supportanda.

²⁵⁶ Ord.cit.

Para que os rendimentos não se descontem do dote promettido, não é mister clausula expressa; 1º porque tal é a disposição do cit. cap. 16 de usuais acima transcripto, fonte, donde foi extrahido o § 1º da ord.; 2º porque os rendimentos da coisa empenhada são destinados, não á pagar o dote, mas á substituir os fructos. Gomes ad. Taur. L 50, n. 30; Valasc. Consult. 8 n. 1.

²⁵⁷ Ord. L. 3, T. 25, § 5. Esta acção, bem como a de haver os fructos da mora, prescreve em trinta annos. Valasc. Consult. 84, n. 3.

²⁵⁸ Veja-se a Const. 1. Cod. de jure dot. (5. 12) Const. unic. § 1º C. de rei uxor. act. (5.13).

O dotador nada recebe em compensação do dote; fora, pois, iniquidade obriga-lo á evicção.

O Direito Romano Sujeitava o dotador á evicção quando o dote era estimado porque nesta hypothese não havia doação, senão venda. Nisto só ha subtiliza, porque na realidade da coisa, ou o dote seja estimado ou inestimado, é sempre uma verdadeira doação em relação ao dotador.

Se o dote, constituído pelo pae, ou pela mãe, é evicto; a dotada será indemnizada por occasião da partilha, visto como os coherdeiros são obrigados á evicção. Lobão, Segund. Linh. nota 352.

Se o dote é constituído pela propria mulher, entendem alguns que ella é obrigada á evicção. Não nos parece fundada esta opinião, porque, embora os fructos do dote sejam destinados á sustentação dos onus do matrimonio, todavia não é o dote considerado em Direito como o preço das obrigações que o marido contrahe em consequencia do casamento. O dote não é senão uma doação *modal*.

Por excepção, a evicção é devida, 1º, se foi estipulada, 2º, se o dotador, ao tempo em que constituiu o dote, sabia que a coisa doada não era sua.²⁵⁹

O marido exime-se da obrigação de restituir o dote, estimado ou inestimado, provando que elle foi evicto.²⁶⁰

§ 82. *Das diversas classes de bens no casamento dotal.*

No casamento segundo o regimen dotal formão os bens pertencentes aos conjugues as classes seguintes:

1. Bens dotaes: — que são aquelles que por declaração expressa ou virtualmente contida nas clausulas estipuladas, ficão sujeitos ao nexo dotal;²⁶¹

2. Bens paraphernaes, isto é, os particulares da mulher, não comprehendidos na classe dos dotaes;²⁶²

3. Bens que o marido possuia ao tempo do casamento;

4. Os adquiridos na constância do matrimonio.

São incommunicaveis os bens dotaes, os paraphernaes, os que o marido possuia ao tempo do casamento e os fructos do dote²⁶³; communicão-se porém os adquiridos com suas accessões e fructos.²⁶⁴

²⁵⁹ Const. 1 C. de jure dot. B Carneiro, L. 1º T. 15, § 143, n. 19.

²⁶⁰ A evicção tem sempre por fundamento uma causa anterior á constituição do dote, a qual não pode, portanto, ser imputada ao marido.

²⁶¹ In dubio dos constituta non censetur. Mello, L. 2, T. 9, § 3 e 10; Cod. Civil Port. art. 1137.

²⁶² *Paraphernaes* — quer dizer extradotaes. Os bens da mulher, sobre os quaes conserva ella o dominio e administração livre, denominava-os o Direito Romano — *recepticios*. Segundo o, nosso direito, qualquer que seja o regimen do casamento, a administração dos bens pertence ao marido, salvo se a mulher reservou-se um tal direito no pacto antenupcial.

²⁶³ Ord. L. 4. T. 48 pr.: “ Quando alguns casão, não pelo costume do reino porque o marido e a mullher são meeiros, mas por contracto de dote e arrhas. ”

²⁶⁴ Gama, Decis. 314, n. 4; Valasc. Consult. 103; 6. Carneiro. L. 1. T. 14, § 134, n. 4 e seg.; Lobão, Not. á Mello, L. 2. T. 8, § 10. Veja-se no fim a Nota IX.

Reputão-se *adquiridos* todos os bens que são achados no casal, deduzidos o dote, os bens incommunicaveis de cada conjuge e o montante das dividas; quer taes bens tenham sido adquiridos por herança, legado ou doação, quer por outro titulo.²⁶⁵

Não se considerão *acquestos* conjugaes e pois não se communicão, os bens cuja aquisição tem por titulo uma causa anterior ao casamento.²⁶⁶

Taes são:

Os bens havidos por titulo oneroso ou gratuito, mas sob condição suspensiva que só se verificou já na constância do matrimonio;²⁶⁷

Os bens vendidos antes, por um dos conjuges sob condição resolutiva que só veio a realizar-se depois de contraindo o matrimonio;²⁶⁸

Os bens reivindicados por acção anteriormente iniciada;²⁶⁹

O dominio util preexistente, consolidado no directo depois do casamento.²⁷⁰

§ 83. *Direitos do marido sobre os bens dotaes.*

Os direitos do marido sobre o dote vrião segundo a natureza dos bens.

²⁶⁵ Valasc. Consult. 101, n. 17, 18, 19. Em relação aos adquiridos prevalece a communhão como se o casamento fosse por carta de metade. "Consuetudo dividendi omnia bona est generalis ad omnia indiscriminatim quae acquirunt, non facta differentia an veniant donatione regia, vel ex bello, vel ex aliundé. Valasc. Consult. cit. n. 24.

Os objectos havidos na constancia do matrimonio com dinheiro trazido por um dos conjuges, communicão-se; mas finda a sociedade conjugal, deduz-se o dinheiro em favor do conjuge á quem pertencia. Valasc. Consult. cit. n. 20.

²⁶⁶ Voet. ad Pandect. L. 23, T. 4, n. 39; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 10, n. 14.

²⁶⁷ Lobão cit. n. 16.

²⁶⁸ Voet. cit., n. 45.

²⁶⁹ Voet. cit., n. 14.

²⁷⁰ Voet. cit., n. 38.

I. Passão para o domínio pleno do marido as cousas fungíveis, e os moveis e immoveis dados com estimação *venditionis causa*.²⁷¹

D'ahi resulta:

1º Que o marido tem o direito de alienar taes bens, hypotheca-los, da-los em penhor e grava-los de quaesquer onus reaes;²⁷²

2º Que pode perde-los por prescrição,²⁷³

3º Que podem seus credores penhora-los;²⁷⁴

4º Que por sua conta correm os riscos e perigos que lhes acontecem.²⁷⁵

II. Sobre os immoveis inestimados ou estimados *taxationis causa* tem o marido dominio, não pleno, senão limitado, porque é resolúvel pela dissolução da sociedade conjugal.²⁷⁶

N'estes bens exerce o marido todos os direitos dominicaes, que não são incompatíveis com a obrigação de restitui-los em especie.

Assim que:

Pode have-los da mão de terceiro por acção de reivincadação ou da publiciana ²⁷⁷; pode grava-los com onus reaes que se resolvão com

²⁷¹ Fr. 42. D. de jure dot. (23.3) fr. 10 § 4 D. eod titul.; Const. unic. § 15. C. de rei uxor. act. (23. 5); Const. 5. C. de jure dot. (5.12). A questão de saber qual a natureza dos direitos do marido sobre o dote foi assumpto de larga controversia entre os antigos interpretes do Direito Romano. Vej. Makeldey, Droit Romain, § 556 nota (3); Mello. L. 4, T. 6, § 12; B. Carneiro, Lº, T. 15, § 144, n. 1 e 2; Heinecio, Recit. § 465.

²⁷² Const. unic. § 15. C. de rei uxor. act.

²⁷³ Fr. 10 pr. D. de jure dot. (23.3); Moulon, L. 3. T. 5, n. 362.

²⁷⁴ Pereira e Souza, Prim. Linh. nota 890; B. Carneiro, L. 1º T. 15, § 148, n. 10.

²⁷⁵ Fr. 10 pr. D. de jure dot.; Const. unic § 9 in fine. C. de rei uxor. act.

²⁷⁶ Mello, L. 54, T. 6, § 12; Heinec. Recit. § 465.

²⁷⁷ Fr. 24 D. de act. rerum amotar. (25.2); Const. 11 C. de jure dot.; Const. 9 C. de reivindicat. (3. 32)

o seu dominio ²⁷⁸; adquire-os por prescrição á titulo de dote ²⁷⁹; faz seus os fructos por força da accessão e não pela percepção.²⁸⁰

Direitos taes não são por certo os de um simples usufructuario; — corollarios do dominio, só pela existencia do dominio podem ser explicados.

Não pode o marido, é verdade, alienar taes bens; mas a ausencia do direito de alienar não anniquila a essencia do dominio; limita-o tão sómente, como na propriedade sujeita á fideicommisso.²⁸¹

III. Os immoveis inestimados ou estimados *taxationis causa* não podem ser alienados na constancia do matrimonio.²⁸²

Salvo:

1º Para alimentar a familia, não havendo absolutamente outros meios de prover áquella necessidade:²⁸³

2º Para reparar ou salvar de ruina outros bens dotaes cuja conservação interesse mais ao casal;²⁸⁴

3º No caso de troca proveitosa por outros de igual valia ou maior, precedendo accordo de ambos os conjuges e licença do juiz competente;²⁸⁵

4º Para pagamento de dividas do dotador, anteriores á constituição do dote, não possuindo elle outros bens.²⁸⁶

²⁷⁸ Fr. 3, § 1 D. de fund. dot. (23. 5); Makeldey, § 556, nota (11).

²⁷⁹ Fr. 1. D. Prodote (41. 9).

²⁸⁰ Fr. 78. D. de jur. dot.

²⁸¹ Hein. Recit. § 465; Lastarria, Institua de Direito Civil Chileno, L. 2, T. 6.

²⁸² Cod. Com. art: 268, 874, § 6, n. 1; Reg. Com. art. 621. A ord. L. 4, T. 48 e 68 allude aos immoveis estimados *venditionis causa*.

²⁸³ Barb. fr. Solut. matrim. n. 52; Moraes, Execution L. 6, T. 8. n. 65; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 9, § 14, n. 8. Cod. Civil Portug. art. 1149, n. 2.

²⁸⁴ Fr. 85 D. dejur. dot.; Dig. Port. P. II, art. 138; Cod. Civil Port. art. 1149, n. 3.

²⁸⁵ Fr. 26 D. de jure dot.; Reg. do Desemb. do Paço, § 40; Lei de 22 de setembro de 1828, art. 1, § 1. É competente o juiz municipal.

§ 84. *Direitos da mulher sobre os bens dotaes.*

Determinada a natureza e os limites dos direitos do marido sobre os bens dotaes, torna-se de si mesma clara a posição da mulher em relação ao dote.

Pelo que respeita aos bens fungíveis, aos moveis e aos immoveis dados com estimação *venditionis causa*, a mulher é credora pelos preços por que foram estimados, com *hypotheca* sobre os immoveis do marido.²⁸⁷

Quanto aos immoveis inestimados ou estimados *taxationis causa*, é credora de domínio; mas o seu direito não é exigível, senão verificada a resolução do domínio do marido pela dissolução da sociedade conjugal.²⁸⁸

Pois que a venda dos bens dotaes inalienáveis é nulla, a mulher assiste o direito de reivindicá-los, ainda na constância do matrimónio. Este direito é transmissível aos herdeiros.²⁸⁹

²⁸⁶ Fr. 26 D. de jure dot.; Pereira e Souza, Prim. Linh. notas 772 e 804. Ainda mesmo estando o marido em boa fé: porque o dote é considerado doação e a acção Pauliana pode ser dirigida contra o que possui á título gratuito, embora esteja em boa fé. Mello, L. 4, T. 6, § 15.

Não é mister observar que a inalienabilidade dos immoveis dotaes cessa na hypothese de desapropriação por utilidade publica. Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 9, § 14, n. 10. Lei de 9 de setembro de 1826.

²⁸⁷ Fr. 10 pr. D. de jure dot.; fr. 9, § 3 D. Qui potiores in pignorib. (20. 5); Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 1º.

²⁸⁸ Fr. 17 D. de jure dot.; fr. 10 pr. titul. cod.

Os interpretes do Direito Romano, fundados nas palavras da Const. ?0 C. de jure dot.: non enim quod legun *subtilitate* transilus eorum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo *rei veritas deleta* vel confusa est: crearam a doutrina de que em relação aos inestimados ou estimados *taxationes causa* tinha o marido o domínio civil e a mulher o *dominio natural*. (Makeldey, § 556, not. 3.)

Uma tal doutrina não é mais do que um mero jogo de espirito: *dominio natural* que não é protrgido por acção alguma, que não dá á mulher nenhum direito actual na constância do matrimónio, é uma pura chimera.

A mulher á respeito do dote inestimado, enquanto não se dissolve a sociedade conjugal, guarda uma posição semelhante á do fideicommissario para com o fideicommisso, atites de realisada a condição suspensiva.

²⁸⁹ Doctrin. das Acç. § 93 e nota 167; Mello, L. 4, T. 6, § 12 not.

Pode o marido usar desta acção, mas tão sómente em beneficio da mulher. Assim que, se por morte della fica elle senhor do dote, revalida-se a venda.²⁹⁰

É de notar que a própria mulher, sendo herdeira do marido, não pode reivindicar os bens dotaes illegalmente por elle vendidos, salvo tanto delles quanto for necessario para completar o pagamento do dote, se para isso não for suficiente a herança.²⁹¹

§ 85. *Das obrigações do marido relativamente ao dote.*

O marido na constancia do casamento é obrigado:

1º Á conservar os bens dotaes, inestimados ou estimados *taxationis causa*, com a mesma diligencia com que cuida dos seus, fazendo as despesas necessarias para resguarda-los de ruina e deteriorações, sob pena de ficar responsavel pelo damno causado.²⁹²

2º Á correr com as despesas que são necessarias para a producção dos fructos.²⁹³

3º Á pagar os impostos, foros e encargos reaes a que são sujeitos.²⁹⁴

4º A reivindicar os bens dotaes do poder de quem injustamente-os detem.²⁹⁵

²⁹⁰ Makeldey, § 556; Repert. das ordd. vol. 3, pag. 448; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 145, n. 14; Doctr. das Acç. not. 178.

²⁹¹ Fr. 13, § 14 D. de fund. dotal. (23. 5)

A opinião de que a mulher não tem acção para reivindicar os bens dotaes nullamente vendidos, quando ella e o marido illudirão o comprador assegurando-lhe que os bens serão alienaveis, é infundada. A prevalecer tal opinião, a inalienabilidade dos bens dotaes ficaria exposta á ser facilmente burlada. A alienação, praticada com a fraude alludida, pode ser annullada, ficando a mulher e o marido responsaveis pelos prejuisos que de sua falta resultarão ao comprador.

²⁹² Fr. 17 D. de jure dot.; fr. 4 D. de impens. in rem dot. factis: " id videtur neecessariis impensis contineri quod si á marito ommissum sit; judex tanti eum damnabit quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri. O marido tem o direito de reaver a importancia destas despesas."

²⁹³ Fr. 13 D. de impens. in rem dot. fact. (25.1)

²⁹⁴ Fr. 13; fr. ult. D. de impens. in rem dotal. fact.; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 144, n. 21.



5º A cobrar as dividas activas que lhe forão dadas em dote.²⁹⁶

§ 86. *Das dividas passivas no casamento dotal.*

No regimen dotal em regra não se communicão as dividas, ou fossem contrahidas antes ou na constancia do matrimonio.²⁹⁷

A responsabilidade de cada um dos conjuges é determinada pela causa e origem da divida.

Assim correm por conta do marido:

1º As dividas contrahidas para sustentação dos encargos do matrimonio;²⁹⁸

2º As dividas para conservar ou melhorar os bens dotaes;²⁹⁹

3º As dividas relativas aos bens particulares delle;³⁰⁰

4º As dividas ocasionadas por delito ou actos reprovados, por elle praticados;³⁰¹

5º E em geral todas as dividas que forão contrahidas em exclusivo beneficio seu.³⁰²

A mulher não é responsavel pelas dividas de que o marido é author.³⁰³

²⁹⁵ B. Carneiro, cit. § 144, n. 19. O marido pode reaver as despesas feitas.

²⁹⁶ B. Carneiro, cit. § 144, n. 20. O marido tem igualmente direito as despesas feitas.

²⁹⁷ Gam. Decis. 177. 186, 200 e 367; Pereira, Decis. 86; Valasc. Consult. 103, n. 33; Consult. 128; Mello, L. 2, T. 8, § 14.

Pelas dividas anteriores ao casamento é responsavel o conjuge que as contrahiu. Os fructos do dote não podem ser penhorados por dividas anteriores. Zach. Aubry e Rau, tom. 4, pag. 510.

²⁹⁸ Const. 20, C. de jure dot. (2. 13); Valasc., Consult. 128, n. 5.

²⁹⁹ Fr. 4 D. de impens. in res dot. factis (25. 1). O marido é obrigado a fazer estas despesas; mas fica-lhe salvo o direito de have-las da mulher ou de seus herdeiros por occasião da restituição do dote. Os credores não podem cobra-las da mulher na constância do matrimonio.

³⁰⁰ Vej. Mourlon, L. 3, T. 5, n. 103.

³⁰¹ B. Carneiro, L. I, T. 13, § 127, n. 18.

³⁰² Valasc. Consult. 103, n. 33. Taes como as que provem de emprestimo para seus negocios mercantis, para pagar dividas da herança incommunicavel em que succedeu.

Excepto:

a.) Pelas dividas que verterão em vantagem della, como as que forão occasionadas para melhorar, conservar ou reivindicar os bens á ella pertencentes;³⁰⁴

b.) Subsidiariamente, pelas dividas para sustentação dos ónus do matrimonio, quando, nem os rendimentos do dote, nem os adquiridos e seus fructos e nem os bens proprios do marido são suficientes para decorrer á semelhantes despesas;³⁰⁵

c.) Pelas dividas resultantes de delicto ou acto reprovado que houvesse commettido.³⁰⁶

§ 87. Da restituição do dote.

I. Os direitos do marido sobre o dote extinguem-se pela dissolução da sociedade conjugal e desde esse momento torna-se exigivel a obrigação de restitui-lo á quem de direito for.³⁰⁷

Esta obrigação passa aos herdeiros.

Em regra o dote deve ser restituído á mulher, e, na falta della, aos seus herdeiros: ou tenha sido elle constituido pela propria mulher, ou pelos paes, ou por um estranho.³⁰⁸

Todavia cessa a regra:

³⁰³ Gama, Decis, 366; Valasc. Consult. 128; B. Carneiro, L. 1, T. 14, § 136, n. 3.

³⁰⁴ Gam. Decis, 186; Add. de Florez, in fine; B. Carneiro, cit. § 136, n. 4.

³⁰⁵ A obrigação pe sustentar os encargos do matrimonio é *pessoal* do marido e para esse fim lhe são dados os fructos do dote. Gam. Decis. 366, n. 2; Valasc. Partition. cap. 23, n. 3.

Na falta dos fructos do dote, são obrigados *os adquiridos*. Valasc. Partitinib. cap, 23, n. 7; Gam. Decis, n. 6. Na falta dos adquiridos, os proprios do marido. Gam. Decis. cit. n. 6.

Na falta de todos estes bens, a mulher é obrigada pelos extradotaes e mesmo pelos dotaes, provada a impossibilidade absoluta de prover de outro modo a alimentação da familia. Veja-se § 83 acima.

³⁰⁶ B. Carneiro, L. 1, Tit. 13, § 127 n. 18.

³⁰⁷ D. Solut. matrim. (24. 3) C. de rei uxor. act. (5. 13); C. Solut. matrim. (5.18); fr. 1, § 1. D. de fund. dotal. (23. 5).

³⁰⁸ Mello, L. 2, T. 9, § 22.

1º Quando o dotador estipulou na escriptura antenupcial a reversão do dote ³⁰⁹; sendo de notar que mesmo o pae ou a mãe podem estabelecer uma simillante clausula se o dote é tirado da terça ou na parte em que entra pela terça;³¹⁰

2º Quando estipulou-se a clausula de que, premorrendo a mulher sem herdeiros necessarios, lucrasse o marido o dote.³¹¹

II. Sem embargo da doutrina exposta, pode á mulher pedir a restituição do dote ainda na constancia da sociedade conjugal, se, por ir cahindo o marido em pobreza, ha fundado receio de que venhão os bens dotaes á ser distrahidos de seu destino.³¹²

A acção, porém, para pedir o dote nos termos expostos, deixa de subsistir quando os bens do marido são suficientes para pagar as dividas que o reduzem á pobreza.

Se o marido, quando casou era pobre, mas não onerado de dividas, nem as contrahiui pelo tempo adiante; cessa o perigo que a lei quiz acautelar e portanto não pode o dote ser repetido.³¹³

Restituído o dote, passa elle com os bens parafernaes para a administração da mulher, mas não pode ella praticar acto algum de

³⁰⁹ Vej. § 79.

³¹⁰ Lob. Not. á Mello, L. 2. T. 8, § 22, n. 2. O dote dado pelo pae ou pela mãe, reputa-se adiantamento da legitima, emquanto dentro das forças desta, portanto não pode ser gravado de condições onerosas.

³¹¹ Const. unic. § 6. C. de rei uxor act. (5. 13); Mello, L. 2, T. 9, § 25.

³¹² Fr. 24 pr. D. solut. matrim. (24.3); Const. 29, C. de jur. dot. (5. 12); Pheb. Decis. 151.

Para ter lugar a repetição do dote, basta que o marido comece a cahir em pobreza no sentido exposto: Ex inde satis exactionem competere ex quo evidentissimo apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere. Cit. fr. 24; Pheb., cit. Decis. 151, addic.

Compete á mulher a acção de reivindicação contra o marido ou contra o terceiro possuidor dos bens, se o dote é inestimado ou estimado *taxationis causa*. Pheb. cit. Decis. n. 22.

Se o dote foi dado com estimação *venditionis causa*, cabe-lhe acção hypothecaria contra o marido, ou contra o terceiro que esteja na posse dos bens do marido, Pheb. cit. n. 22.

³¹³ Gomez, Taur. ad Leg. 50 n. 33.

alienação; e, enquanto dura o casamento, é obrigada á aplicar á sustentação dos onus do matrimonio os fructos e os rendimentos, entregando ao marido as sóbras.³¹⁴

§ 88. *Que objectos se restituem.*

Todos os objectos que constituem o dote, devem ser restituídos, ou em espécie ou em valores, segundo a natureza dos bens.

1. Se o dote consiste em cousas de quantidade, o marido é obrigado á restituir outra igual quantidade, equivalente em qualidade e valor é que recebera.³¹⁵

2. Se o dote consta de cousas moveis ou immoveis estimadas *venditionis causa*, o marido deve restituir a estimação fixada no pacto antenupcial, sem atenção aos augmentos ou diminuições supervenientes, visto como, tendo passado para elle o dominio pleno de taos objectos, são por sua conta os melhoramentos e as deteriorações acontecidas.³¹⁶

É-lhe, porém, permittido, salvo convenção em contrario, restituir os proprios objectos em especie, indemnizando os damnos que importem diminuição do valor fixado na estimação.³¹⁷

3. Se o dote é de immoveis inestimados ou estimados *taxationis causa*, observão-se as regras seguintes:

A. Devem os bens ser restituídos em especie com os melhoramentos acrescidos e as deteriorações sofridas, pois por conta da mulher correm os riscos e perigos que lhes possam acontecer.³¹⁸

³¹⁴ Const. 29 C. de jur. dot. (5.12); Pheb. Decis. 151, addic.

³¹⁵ Fr. 42. D. de jur. dot. (23. 3)

³¹⁶ Const. 5, C de jur.dot. (5.12); Const. unic § 9 in fine; C. de rei uxor. act. (5. 13).

³¹⁷ Fr. 10, § 6 D. de jur. dot.

³¹⁸ Fr. 17, § 1; fr, 10 pr. e, § 1. D. de jur. dot.

O marido só é responsável pelos danos causados por culpa sua.³¹⁹ Se a coisa pereceu por caso fortuito ou por força maior, é elle, sujeito da obrigação, incumbe a prova, alias presume-se lho a culpa.³²⁰

B. A mulher é obrigada á pagar ao marido as quantias que elle despendeu para conservar, reparar e melhorar os ditos bens.³²¹

O marido pode, pelo valor das bemfeitorias *necessarias* e pelas *uteis*, reter o dote enquanto não é pago ou se não faz a compensação.³²²

Quanto as obras de mero ornato e recreação, como não augmentão a utilidade da coisa, não tem acção para reaver o custo: é-lhe permittido no entanto tira-las (*jus tollendi*) uma vez que possam ser extrahidas sem damno do corpo á que estão adheridas: todavia a mulher pode impedir que sejam levadas, offerecendo-se á pagar o valor.³²³

4. Com os bens devem ser restituídos, além das accessões, os fructos civis vencidos desde o dia em que cessou a sociedade conjugal.³²⁴

Os fructos naturaes, por uma singularidade do regimen dotal, adquirem-se, como os civis, dia por dia, e não pela percepção, como na generalidade dos casos.³²⁵

³¹⁹ Fr. 17 pr. D. de jur. dot.; fr. 25, § 1; fr. 66, D. Solut. matrim.; Const. 21 C. de jur. dot. Se a coisa era estimada, paga pelo valor da estimação; se não foi estimada, paga pelo valor do tempo do casamento. B. Carneiro, L. 1, T. 15. § 149, n. 29.

³²⁰ Mourlon, Rep. Ecrit. L. 3, T. 5, n. 421.

³²¹ D. de impens. in res dot. factis (25.1).

³²² Fr. 56, § 3 D. de jure dot.: " Nisi impensa reddatur, aut pars fundi aut totus retineatur. Fr. 5, § 1 e 2. D. tit. eodum.

Por Direito Romano o marido só tinha retenção pelas bemfeitorias *necessarias*. Mas como as ordd. dão direito de retenção pelas *uteis* em casos analogos (ord. L. 4, T. 56, § 1º; T. 95. § 1º; T. 96, § 1º): tem-se entendido que o marido tem tambem retenção pelas bemfeitorias uteis. Mello, L. 2. T. 9. § 24).

No fr. 4 e no 5 § 3 D. de impens. in res dot. fact. vem a definição do que sejam bemfeitorias necessarias e uteis.

³²³ Fr. 9 D. de impens. in res dot. factis.

Estas bemfeitorias denominão-se em Direito voluptuarias (*impensae voluptuariae*). São as que consistem em obras de mero ornato e recreação. Se bem que no rigor da accepção economica possam augmentar o valor da coisa, todavia não lhe accrescentão *utilidade* tornando-a mais adaptada e proveitosa para os fins á que é destinada. Fr. 7 D. eod. tit.

³²⁴ Const unic. § 7. C. de rei uxor. act. (5.13) Mourlon, Rep. Ecrit. L. 3, T. 5, n. 433.

Os fructos do dote são dados ao marido para sustentação dos encargos do matrimonio: d'ahi o principio — que o marido tem direito á todos os fructos que correspondem á duração da sociedade conjugal.

Assim que:

Pertencem ao marido todos os fructos, percebidos ou não percebidos, relativos á cada periodo de colheitas, durante o qual subsistiu a sociedade conjugal.³²⁶

Se porém a sociedade conjugal começou ou dissolveu-se antes de findo o periodo ou o anno da colheita, o marido adquire tão sómente a parte da colheita correspondente aos mezes que o casamento durou nesse periodo; a porção restante pertence á mulher ou á seus herdeiros: ou tenham sido colhidos pelo marido ou pela mulher.³²⁷

³²⁵ Makeldey, § 556 not. 4; Mourlon citado, n. 434.

Segundo as regras geraes de direito os fructos naturaes adquirem-se, não dia por dia, mas pela percepção: assim o usufructuario, o possuidor de boa fé, adquirem os fructos percebidos, mas não os pendentes.

³²⁶ Para se contar o periodo da colheita toma-se como ponto de partida o dia do casamento, se o dote foi entregue antes; o dia da tradição do dote, se foi entregue depois. Fr. 5 e 6 D. Solut. matrim, (24.3).

³²⁷ Fr. 7, § 1, 2, 3, 6, 7, 8; fr. 25, § 4; fr. 31, § 4, D.Solut. matrim.; Const. unic. § 9 C. de rei uxor. act. (5. 13): *Omnia quae fructuum nomine continentur, ad lucrum mariti pertineant pro tempora matrimonii*. Mello, L^o 2, T. 9, § 22 nota; cod. civil franc. art. 1571; cod. civil port. art. 1162.

Exemplos:

1^o O casamento foi celebrado no 1^o de janeiro de 1869; dissolveu-se no 1^o de janeiro do anno seguinte. O marido colheu os fructos correspondentes á este período: nada tem que restituir porque carregou com as despesas do matrimonio relativas ao periodo da colheita.

2^o O casamento durou o periodo inteiro d'uma colheita e metade de outro periodo. Da colheita relativa ao primeiro periodo, o marido nada é obrigado a restituir porque suportou as despesas correspondentes. Quanto aos fructos do periodo começado: adquire, na hypothese figurada, metade dos fructos correspondentes ao tempo que nesse periodo durou o casamento: a outra metade pertence á mulher, ou á seus herdeiros.

3^o O marido no periodo em que se dissolve o casamento, percebe duas colheitas de fructos: — é obrigado á restituir integralmente uma á mulher; da outra só retem a parte relativa ao tempo que durou o casamento nesse periodo.

4^o No periodo em que cessa o casamento, o marido fez a colheita respectiva e arrendou o predio paio tempo que resta para completar-se o periodo. Nesta hypothese os fructos colhidos dividem-se segundo a regra estabelecida, mas a renda pertence toda aos herdeiros da mulher. Papiniano resolve esta questão de modo diverso. Vej. fir. 7, § 1^o D. Solut. matrim.

5. Se o dote consiste em um direito real, como o usufructo de um predio, censos, foros, ou em pensões vitalicias, apolices, acções commerciaes; o marido é obrigado á restituir os respectivos titulos.³²⁸

Extinguindo-se alguns destes direitos por culpa sua, é elle responsavel pela indemnisação.³²⁹

6. Quando o objecto do dote é um credito, o marido deve restituir a importancia, se a recebeu; o proprio titulo, se não alcançou effectuar a cobrança.³³⁰

Se porém por culpa ou negligencia não houve a importancia, como se deixou o direito prescrever, se não demandou o devedor enquanto era solvavel, se não fez em tempo a incripção hypothecaria; responde pelo prejuizo resultante.³³¹

7. Consistindo o dote na renuncia de um credito de que o marido era devedor, revive o direito renunciado: o marido é obrigado á pagar á mulher ou á seus herdeiros a respectiva importancia.³³²

8. Se o dote constava da renuncia d'um direito deferido, como uma successão, deve o marido restituir o direito ou o seu objecto.³³³

§ 89. *Da acção de restituição do dote.*

Os immoveis dotaes inalienaveis devem ser restituídos logo que se dissolve a sociedade conjugal.

5º Os fructos são de natureza tal que a colheita faz-se de 10 em 10 annos. Neste caso toma-se o periodo de dez annos como unidade e divide-se a colheita em dez partes e dão-se ao marido as decimas partes correspondentes aos annos que durou o casamento no periodo. Cit. fir. 7 § 7.

³²⁸ Fr. 57, D. Solut, matrim.; Mourlon, L. 3 T. 5, n. 433; Cod. Civil Port. art. 1160.

³²⁹ Mourlon citado.

³³⁰ Const. 2 C. de oblig. et act. (4.10); B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 144 n. 20; cod. civil Port. art. 1161.

³³¹ Mourlon, L. 3, T. 5, n. 433; C. C, Port. art. 1161.

³³² Fr. 12, § 2; fr. 43, D. de jur. dot.

³³³ Fr. 14, § 3, D. de fund. dotalib. (23. 5).

Para a restituição dos demais bens, moveis ou immoveis, tem o marido o praso de um anno.³³⁴

Se o dote deixa de ser restituído no tempo devido; para have-lo competem á mulher e, na falta della, aos seus herdeiros, as acções seguintes:

A acção de reivindicação contra o marido ou seus herdeiros ou contra terceiro possuidor, pelos bens de que ella é credora de dominio;³³⁵

A acção hypothecaria contra o marido ou seus herdeiros, ou contra terceiro detentor dos immoveis do marido, para cobrar os valores dos bens de cujo preço é ella credora hypothecaria.³³⁶

Ao author do dote ou á pessoa por elle designada, se na convenção matrimonial estipulou-se a clausula de reversão, compete tambem acção para reivindicar o dote ou cobrar o seu valor, segundo for a hypothese.³³⁷

Da tradição do dote ao marido é que resulta a obrigação de restitui-lo á mulher. A ella, pois, cumpre provar que elle effectivamente o recebera.³³⁸

A simples confissão do marido de haver recebido o dote não faz prova contra terceiro.³³⁹

³³⁴ Const. unic. § 7. C. de rei uxor. act. (5.13); B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 149, n. 24; Dig. Port. P. II, art. 170; Cod. Civil Port. art. 1158. Os inalienaveis devem ser restituídos em especie.

³³⁵ Doctr. das Acç. § 90; B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 150, n. 3; Mello, L. 4, T.6. § 12.

³³⁶ Lei de 24 de set. de 1864, art. 3, § 1 e 9.

Não vale a hypotheca contra terceiro se não forão guardados os requisitos do § 9 do cit. art. 3.

³³⁷ B. Carneiro, L. 1 T. 15, § 150, n. 7.

³³⁸ Valasc. Consult. 5; Cabedo, P. 1, Deeis. 177, n. 2; B. Carneiro, cit. § 150, n. 8.

³³⁹ B. Carneiro, cit. § 150, n. 9. Cfr. Pereira e Souza, Prim. Linh. nota 903.

Na constancia da sociedade conjugal não corre o tempo para a prescrição das ditas acções, porque não pode a mulher no decurso desse período inicia-las.³⁴⁰

§ 90. *Garantias para a restituição do dote.*

Para assegurar a restituição dos bens dotaes contra as eventualidades á que por ventura pode expo-los a má administração do marido; além de outras garantias ³⁴¹, a lei confere á mulher hypotheca sobre os immoveis do marido.³⁴²

Esta hypotheca garante a restituição de todos os objectos e valores que formão o dote: — sommas de dinheiro cousas de quantidade, bens moveis e immoveis, alienaveis ou inalienaveis ³⁴³; e affecta tanto os immoveis que o marido possuia ao tempo do casamento como os que de futuro adquire.³⁴⁴

Mas para que a hypotheca valha contra terceiros é mister que o dote tenha sido estimado, não importa se para o effeito de transferir o dominio pleno, se para simples taxação do valor.³⁴⁵

A hypotheca só se entende constituída da data do casamento, porque é pelo casamento que o contracto dotal adquire a plenitude de acto perfeito e definitivo.³⁴⁶

³⁴⁰ Mello, L. 4, T. 6, § 12.

A mulher não tem o direito de reter os bens do marido até ser paga do dote, como sustentarão os antigos glosadores. (Valasc. Partitionib. cap. 6, n. 38, e sequint.) Nem o Direito Romano nem a legislação patria fundamentão uma tal opinião.

³⁴¹ Como a prohibição de vender os immoveis inestimados e estimados *taxationis causa*; a acção para pedir a restituição do dote ainda na constancia do matrimonio por ir cahindo o marido em pobreza; a acção para reivindicar os inestimados de quem quer que os detenha.

³⁴² Lei de 24 de set. de 1864, art. 3. § 1º.

³⁴³ Lei cit. *ibidem*.

³⁴⁴ Lei cit. art. 3; § 11; salvo sendo especializada porque então só abrange os immoveis designados.

³⁴⁵ Lei cit. art. 3, § 9.

Pelos immoveis inestimados compete á mulher a reivindicação; mas se elles arruinão-se por culpa do marido, tem ella acção para haver a indemnisação, sem a garantia da hypotheca. Veja-se a Nota X no fim.

§ 91. *Bens parafernaes.*

No regimen dotal, tal como se acha constituido pelo nosso Direito, dizem-se parafermaes os bens da mulher que não são dotaes e conservão-se incommunicaveis.

São, pois, parafernaes;

1º Os bens que a mulher possuia ao tempo do casamento e não forão comprehendidos no dote propriamente dito;³⁴⁷

2º Os bens que a mulher adquire na constancia do matrimonio e por excepção da regra se não communicão.³⁴⁸

Estes bens ficão sob a administração do marido, como cabeça de casal, salvo convenção em contrario ³⁴⁹, mas permanecem sob a posse e dominio da mulher.³⁵⁰

Do exposto resulta:

Que o marido não pode aliena-los sem consentimento da mulher;³⁵¹

Que é obrigado á conserva-los com o mesmo zelo com que cuida dos seus,³⁵² sob pena de responsabilidade pelos damnos causados por culpa;

³⁴⁶ Decr. n. 3453 de 26 de abril de 1865, art. 136, § 5.

Esta hypotheca pode ser especialisada e inscripta, posto sem as ditas diligencias valha contra terceiros. Lei de 24 de set. De 1864, art. 9.

Se o valor dos bens dotaes, dados sem estimação, for declarado na especialisação, valerá a hypotheca contra terceiro? Parece que sim porque a fixação do quantum da responsabilidade do marido pelos bens inestimados, determinada na especialisação, equivale, para o fim da lei, á estimação feita na escriptura do dote.

³⁴⁷ Veja-se o §.

³⁴⁸ B. Carneiro, L. 1, T. 15, § 151, n. 16. Taes são os bens que lhe são deixados ou doados com a clausula da incommunicabilidade.

³⁴⁹ Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 9, § 15, n. 4; B. Carneiro, cit. § 151, n. 18.

³⁵⁰ Mello, L. 2, T. 9, § 2; Lob, cit. n. 5.

O marido não pode ter a posse porque não os detem com animo de possuir.

³⁵¹ Lob. cit, n. 4; B. Carneiro, cit. § 151, n. 4.

³⁵² Const. 11 C. de pact. conventis. (5 14)

Que, dissolvida a sociedade conjugal, deve restitui-los com as accessões sobrevividas.³⁵³

Para segurar a restituição de taes bens tem a mulher a mesma garantia hypothecaria que pelo dote lhe confere a lei.³⁵⁴

TITULO QUINTO

Arrhas

§ 92. *Noção de arrhas.*

Em Direito Patrio denominão-se *arrhas* a pensão, ou a coisa certa e determinada, que no contracto dotal o marido promette á mulher para o caso della lhe sobreviver.³⁵⁵

Toda a doação feita pelo marido á mulher no contracto dotal toma a natureza de arrhas e como tal não pode exceder do limite marcado pela lei.³⁵⁶

Mas quando no pacto antenupcial não se estipula o regimen dotal; ao marido é licito fazer á mulher as doações que lhe aprouver guardadas tão sómente as regras geraes de direito que regem o assumpto.³⁵⁷

³⁵³ B. Carneiro, cit. § 151, n. 12.

³⁵⁴ Lei de 24 de set. de 1864, art. 3, § 1 e 9. Comtanto que os ditos bens sejam estimados.

³⁵⁵ A palavra — arrhas, alem do sentido exposto, é tomada em outras accepções: significa a coisa ou valor que um dos contractantes entrega por anticipação ao outro, em signal e firmeza do contracto. (Ord. L. 4, T. 2, § 1.; Makeldey § 186); significa tambem o donativo que um dos esposos faz á outro em penhor e garantia da realisação do casamento ajustado (arrhas esponsalicias). Veja-se o § 5.

É erronea a opinião d'aquelles que acreditavão que as arrhas representavão o preço do corpo da mulher. Veja-se Viterbo, supplem. verb. *Compra do corpo*, onde vem corrigido o erro em que incorre no artigo *Marido conuçado*.

³⁵⁶ Ord. L. 4, T. 47, pr. verb.: Mas poderá cada um em o contracto dotal... Mello, L. 2, T. 9, § 35, not. Esta prohibição é uma reminiscencia do Direito Romano acerca das doações propter nuptias, de que alias distinguem-se essencialmente as arrhas.

³⁵⁷ Consolid. das Leis Civis, art. 90, not 2.

§ 93. *Da constituição das arrhas.*

A promessa de arrhas não pode ser legalmente feita senão no contracto dotal de que vem á ser um accessorio.³⁵⁸

D'ahi resulta:

Que a constituição d'arrhas prespoe a existencia do dote;

Que a nullidade do dote acarreta virtualmente a nullidade das arrhas;

Que as arrhas não podem ser constituídas depois de contrahido o matrimonio.³⁵⁹

A constituição de arrhas é dominada pelos principios seguintes:

1º A promessa de arrhas deve de ser de quantia certa ou de cousa individuada. É nulla a promessa de cousa incerta.³⁶⁰

2º Os bens doados á titulo de arrhas não podem exceder da terça parte do dote que a mulher traz. No excesso do dito maximo não vale a doação.³⁶¹

3º São inofficiosas as arrhas na parte em que vão alem da terça dos bens do marido calculados ao tempo em que são instituidas, se por morte delle ficão herdeiros necessarios.³⁶²

³⁵⁸ Ord. L. 4, T. 47 pr. A doação *propter nuptias* prespunha igualmente contracto dotal. Novel. 22, cap. 20; Novel. 27 cap. 1 e 2.

³⁵⁹ Ord. cit. *ibidem*; Valasc. Consul. 4, n. 2; Mello, L. 2, T. 9, § 29, n. 5.

³⁶⁰ Ord. cit. *ibidem*. Não estão de accordo os interpretes do nosso direito sobre a significação das palavras *camera cerrada*. O P. Bento Pereira, Elucidario, sob n. 1989 diz que *camera cerrada* quer dizer: promessa d'arrhas em quantidade *incerta*.

³⁶¹ Ord. L. 4, T. 47 pr. Na doação *propter nuptias* a quantidade dos bens doados não devia exceder a quantidade dos bens dotaes. Novell. 22, cap. 20.

A prohibição da ord. de que as arrhas não excedão a terça parte do dote, não é hoje observada. Consolid. das Leis Civis, art. 90, not. 2.

³⁶² Cit. ord. § 1. A ord. só falla de filhos e descendentes legitimos da primeira mulher; mas a rasão da lei comprehende todos os herdeiros necessarios. Mello, L. 2, T. 9, § 30.

4º A promessa de arrhas carece de ser insinuada para valer além da taxa da lei.³⁶³

§ 94. *Da tradição das arrhas.*

A promessa de arrhas, ainda depois de legalmente feita, persevera subordinada ao dote.

Assim que não podem as arrhas ser exigidas do marido senão houve entrega do dote³⁶⁴. E se do dote apenas foi entregue uma parte, das arrhas não é devida senão a parte correspondente.³⁶⁵

Todavia cessa a regra estabelecida nos casos seguintes:

1º Se o dote deixou de ser entregue por negligencia ou culpa do marido: fora contra direito converter-se-lhe a falta em proveito proprio e em prejuizo da mulher.³⁶⁶

2º Se estipulou-se praso para a entrega do dote, e dissolveu-se o casamento antes de findo esse praso: a concessão do praso é facto do marido e não pode rasoavelmente ser imputada á mulher.³⁶⁷

§ 95. *Das arrhas na constancia do matrimonio, e depois que elle se dissolve.*

Na constancia do matrimonio permanecem as arrhas sob a administração do marido ao qual pertencem os fructos e rendimentos, dellas provenientes.³⁶⁸

Não pode o marido aliena-las e é responsavel pelos damnos que soffrerem por culpa ou negligencia sua.

³⁶³ Ord. L. 4, T. 62, lei de 25 de janeiro de 1775 e Ass. De 21 de julho de 1797. As arrhas são verdadeira doação.

³⁶⁴ Ord. L. 4, T. 47 pr. Comtanto que não passe o tal promettimento... da terça parte do que a mulher trouxe em seu dote. Mello, L. 2, T. 9, § 29, n. 4.

³⁶⁵ Gama, Decis. 170, n. 2; Valasc. Consul. 3, n. 5.

³⁶⁶ Portugal, de donation. L. 1, Praelud. 2, § 6, n. 25; Lob. à Mello, L. 2, T. 9, § 29, n. 9.

³⁶⁷ Valasc. Consult. cit. n. 5, in fine. Habita fide de pretio pro numeratione habetur.

³⁶⁸ Mello, L. 2, T. 9, § 32, n. 3 e 5.

Em garantia da entrega das arrhas e indemnizações devidas tem a mulher hypotheca legal nos immoveis do marido.³⁶⁹

Dissolvido o casamento, varia o destino das arrhas, segundo a dissolução acontece, ou por morte da mulher ou por morte do marido:

Se por morte da mulher, reverterem as arrhas ao marido, embora ella tenha deixado herdeiros necessarios: a promessa, por assim dizer, caducou por se não ter realizado a condição da sobrevivencia.³⁷⁰

Se por morte do marido, ficam as arrhas com a mulher; ella as gosa e frue durante a sua vida e por sua morte passam aos herdeiros do marido, salvo se houve convenção em contrario.³⁷¹

§ 96. Dotalicio, apansgios e alfinetes.

Nunca esteve em uso em Portugal nem entre nós a doação antenupcial, conhecida sob o nome de dotalicio (*dotalitium*), criação do antigo Direito Germanico.

Consiste o dotalicio em certos bens que o esposo promete á esposa em compensação do dote e para sua decente subsistencia na viuvez.³⁷²

³⁶⁹ Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 1º.

³⁷⁰ Lobão à Mello, L. 2, T. 9, § 31, n. 1 in fine.

³⁷¹ Egidio, ad. fr. do justitia et jur. P. I, cap. 11, n. 89; Mello cit., § 31.

As citadas disposições sobre o destino das arrhas não se fundam em lei escripta: consagradas á principio nos contractos dotaes em clausulas expressas, passarão depois a ser applicadas indistinctamente á todos os cazos, vindo dest'arte á constituir direito por força do costume.

A mulher não pode dispor das arrhas, visto como por sua morte ellas tem de passar aos herdeiros do marido.

Mello sustenta que a mulher não tem dominio, senão usufructo nas arrhas. As palavras da ord. L. 4, T. 47 pr.: " poderá.... prometter e dar a sua mulher a quantia ou quantidade que quizer ou certos bens...." alludem evidentemente á translação de dominio; mas um tal dominio é limitada porque é resolúvel.

³⁷² Heinec. Pandect. P. IV, § 186 e seg.

Ao dotalicio allude o Direito Canonico no C. 10. C. 36, q. 2 e no cap. 10. X. de for. compet.

O dotalicio é regido por principios que lhe dão uma natureza distincta das nossas arrhas.³⁷³

Apanagios são certas rendas ou pensões assignadas á mulher nobre para a viuvez³⁷⁴; e *alfinetes* as pensões mensaes para enfeites e adornos.

A materia dos apanagios e alfinetes foi no seculo passado regulada em Portugal por uma legislação especial que só era applicavel ao casamento dos nobres.³⁷⁵

Esta legislação cessou de vigorar no Imperio depois do juramento da Constituição politica do Imperio, a qual aboliu a odiosa distincção de fidalgos e plebeus, um dos fundamentos do antigo regimen.

TITULO SEXTO

Das doações entre marido e mulher.

§ 97. *Origem da prohibição das doações entre marido e mulher.*

A prohibição das doações entre marido e mulher (*donationes inter virum et uxorem*) prende com as mais antigas tradições do Direito Romano.³⁷⁶

Praticada em termos absolutos nos primeiros seculos da republica, foi esta prohibição cem o andar do tempo recebendo diversas

³⁷³ O dotalicio é regido pelos principios seguintes: 1º o valor dos bens dados não tem limite fixo, não sendo de necessidade que seja igual ao do dote; 2º o dotalicio pode ser constituido á mulher indotada; 3º absorve o dote, ficando ao arbitrio da mulher repetir o dote, ou contemnar-se com o dotalicio. Hein. Jus. Germ. L. 1, T. 11, § 245 e seg.

³⁷⁴ Não havendo clausula á respeito no contracto dotal, separava-se para a viuva, á titulo de apanagios, a decima parte das rendas de todos os bens do casal, tanto allodiaes, como da coroa e ordens. Lei de 17 de agosto de 1761 § 7 e lei de 4 de fevereiro de 1765, § 4.

³⁷⁵ Leis de 17 de agosto de 1761, de 4 de fevereiro de 1765 e de 17 de julho de 1778.

Não tem tambem applicação entre nos a disposição do § 16 da Pragmatica de 24 de maio de 1748, a qual prohibia ao esposo dar á esposa joias excedentes em valor a quinta parte do dote e á 600\$000 quando a esposa não trasia dote.

³⁷⁶ D. de donat. inter viram et uxorem. (24,1)

modificações que acabarão por afrouxar-lhe o primitivo rigor ³⁷⁷. Todavia, sem embargo do temperamento acrescentado, conservou ella sempre os seus caracteres essenciaes.

Filha dos costumes ³⁷⁸, foi mantida pela lei escripta como um invento efficaz para neutralisa a influencia desmoralisadora que a cobiça podia exercer no seio do casamento e ao mesmo tempo impedir que, obsecado pela força do amor, um dos conjuges não se empobrecesse em beneficio do outro. ³⁷⁹

Tal como se achava ao tempo do imperador Justiniano, foi o Direito Romano acerca destas doações adoptado em Portugal pelos começos do século XVI, em contravenção aos costumes até então aceitos. ³⁸⁰

Inseridas á principio no codigo Affonsino (L. 4 T. 14), d'ahi passarão as ditas disposições para as ordenações Manuelinas (L. 4, T. 9) e destas forão trasladadas para as Phillipinas (L. 4 T. 65), que constituem hoje o texto vigente acerca desta materia.

§ 98. Dos termos em que são permittidas as doações entre marido e mulher.

As doações feitas na constancia do matrimonio pelo marido á mulher ou pela mulher ao marido, só adquirem a natureza de acto definitivo e irrevogavel pelo acontecimento da morte do doador. ³⁸¹

³⁷⁷ Marezoll, Droit Romain, L. 4, § 164.

³⁷⁸ Fr. 1, D. de donat. inter, virum et ux. (24,1): Moribus apud nos receptum ut ne inter virum et uxorem donationes valerent.

³⁷⁹ Fr. 1, D. de donat.: Hoc autem receptum est ne inuito amore invicem spoliarentur, donationibus nem temperantes, sed profusa erga se facilitate. — Fr. 3 pr. D. eod. tit.:— Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, *amorem honestum solis mima astimantes, famae etiam conjunctorum consulantes, ne concordia pretio concilia videretur*; nec melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.

³⁸⁰ Mello, L. 2, T. 10, § 3.

³⁸¹ F. 32, § 2. D. de donat. inter. (24, 1): " Ait oratio: Fas esse eum quidem qui donavit, paenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejas qui donavit, durum et avarum esse."

Ao conjugue doador, portanto, é lícito revogar a doação á todo o tempo.³⁸²

Assim se a promessa ainda não foi cumprida, pode recusar-se á dar-lhe execução: se já houve tradição da coisa doada, pode repeti-la por acção de reivindicação, ou não existindo em ser, demandar o preço.³⁸³

A revogação da doação pode ser expressa ou tacita.

É expressa quando o doador a declara em termos formaes por escriptura publica ou em testamento. Tacita, quando resulta virtualmente de acto que revela mudança de vontade, como se o doador vende, empenha hypotheca a coisa doada, ou a dôa á terceiro.³⁸⁴

A doação entende-se *ipso facto* annullada:

a.) Pela morte do donatario acontecida antes da do doador;³⁸⁵

Fallecendo ambos os conjugues ao mesmo tempo, o doador reputa-se ter perseverado na sua vontade a doação subsiste.³⁸⁶

b.) Pelo nascimento de filho ou filhos d'entre ambos, posterior á data da doação.³⁸⁷

A doutrina exposta acerca das doações entre marido e mulher não comprehende:

³⁸² Ord. L. 4, T. 65 pr. Antes da morte do conjugue doador não vale a doação: " Porque na vida nunca valeu e por morte foi confirmada. " Ord. cit. § 1º in fine.

³⁸³ Fr. 5, § 18, D. de donat. inter. (24,1); Borges. Carneiro, L. 1º T. 16, § 154, n. 9.

³⁸⁴ B. Carneiro cit. n. 8.

³⁸⁵ Const. 6, C. de donat. inter. (5, 16): ... cum donatio in matrimonio facta, prius mortua ea, qun liberalitatem exceptit, irrita sit.

³⁸⁶ Fr. 32, § 14, D. de donat inter.

³⁸⁷ Ord. L. 4, T. 65, pr. Esta hypothese é diversa daquella em que os filhos já exstão ao tempo da doação (Ord. cit. § 1.) Na primeira a doação annulla-se integralmente; na segunda se torna inofficiosa.

Se o filho sobrevivendo fallece antes de dissolvido o casamento por morte do doador? Cessa a rasão da lei e portanto a doação não se póde reputar annullada. Em contrario Barb. ad. ord. cit. pr., n. 13.

1. Quaesquer outros contractos entre os conjuges, salvo se no todo ou em parte envolvem doação simulada;³⁸⁸

2. As doações feitas antes do casamento.³⁸⁹

3. As doações *causa mortis*.³⁹⁰

§ 99. *Doações que por excepção se tornão irrevogaveis em vida do doador.*

Ha com tudo doações entre o marido e a mulher, feitas na constancia do matrimonio, que desde logo se tornão valiosas e irrevogaveis.

A prohibição das doações entre o marido e a mulher, tem por fim, como ja ficou declarado, suprimir a influencia desmoralisadora que podião exercer no seio do casamento e evitar que um conjuge se empobrecesse em favor do outro. (§ 97)

D'ahi a consequencia que devem ser permittidas as doações de que não podem provir os inconvenientes que a prohibição tem por fim atalhar.

Assim que são permittidas e valem desde sua data:³⁹¹

a.) As doações que não fazem o doador mais pobre, embora facão o donatario mais rico ³⁹², como a renuncia de um direito, de um legado, de uma successão;³⁹³

b.) As doações que não fazem o donatsrio mais rico, embora facão o doador mais pobre.³⁹⁴

³⁸⁸ Fr. 6 § 5, 6, 7; fr. 52. D. de donat. inter. Mello, L. 2, T. 10, § 4, n. 1.

³⁸⁹ Fr. 5, pr.; 27 pr.; fr. 64 pr. D. tit. eodem. Mello cit, n. 3.

³⁹⁰ Fr. 9, § 2. D. tit. eodem.

³⁹¹ Ord. L. 4, T. 65, § 3.

³⁹² Fr. 5, § 16. D. de donat. inter. (24, 1); Cardoso, Prar. verb. donatio n. 69.

³⁹³ Fr. 5, § 13 e 14. " D. de donat. inter... Neque enim pauperior fit qui non adquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit. "

Taes são:

1. A doação para reconstruir um predio arruinado por incendio, ou por qualquer outro incidente.³⁹⁵

2. A doação para a alimentação commum da familia.³⁹⁶

3. A doação que a mulher faz ao marido para obter uma dignidade.³⁹⁷

4. As doações modicas.³⁹⁸

§ 100. *Doações inofficiosas.*

As doações entre marido e mulher não podem prejudicar as legitimas dos herdeiros necessarios que ficarem por morte do doador.³⁹⁹ Para calcular-se a legitima se juntão os bens doa-los aos bens da herança.⁴⁰⁰

I. Se o doador morre intestado, vale a doação tão emente dentro das forças da terça. Aos herdeiros compete o direito de haver do conjugue donatario o excesso, afim de completarem as suas legitimas.⁴⁰¹

II. Se fallece o doador com testamento, em que, sem revogar a doação, faz disposição de legados, cumpre distinguir:

a.) Se os legados e a doação ferem as legitimas, se desfalcará tanto da doação quanto dos legados até se prefazerem as legitimas;

³⁹⁴ Fr. 5, § 16. "D. tit. eoden: vel etiam si deminuat (de facultatibus suis qui donavit), locupletior tamen non fit qui accepit, donatio valet."

³⁹⁵ Fr. 14, D. tit. cod.... valet donatio in totum in quantum aedificii extractio postulat. "Tunc enim accipiens non videtur locupletior, cum de suo tantum amiserit." Golhofr, not. 45 ao cit. fr.

³⁹⁶ Fr. 31, § 10. D. tit. eod.

³⁹⁷ Fr. 40 e 42, D. tit. eod.

³⁹⁸ Fr. 31, § 8 e 9; fr. 75, § 1,2. D. tit. eod.

³⁹⁹ Ord. L. 4, T. 65.

⁴⁰⁰ Ord. cit. § 1, in fine; B. Carneiro, L. 1. T. 16, § 154, n. 29, Dig. Port. P. III, art. 152.

⁴⁰¹ Ord. cit. § 1. verb.: E ficando por sua morte...

ficando o donatário com o que sobrar da doação e os legatários com o que restar dos legados.⁴⁰²

b.) Se os legados e a doação ferem as legítimas, mas a doação é daquelas que valem em vida do doador; serão em primeiro lugar desfalcados os legados para completarem as legítimas, e se absorvidos integralmente ainda não bastarem; então será subsidiariamente desfalcada a doação.⁴⁰³

§ 101. *Solemidades externas.*

Pelo que diz respeito às solemnidades externas, as doações entre marido e mulher nada tem de especial: devem ser revestidas das mesmas formalidades que a lei requer para as doações em geral.

E pois desde que excedem a taxa da lei, não mister ser reduzidas à escriptura pública e insinuadas.⁴⁰⁴

§ 102. *É aplicável a doutrina exposta á todos os casamentos, qualquer que seja o regimen dos bens?*

As doações entre marido e mulher produzem, nos termos declarados, os seus efeitos legais, qualquer que seja o regimen de bens segundo o qual se casarão os conjuges.

⁴⁰² Ord. cit. § 2.

Um exemplo tornará claro o pensamento da lei.

O marido faz á mulher uma doação ao valor de 4:000\$000. Reunida a doação aos bens que ficarão por sua morte, montou a herança em 18:000\$000. A legítima, portanto, vem á ser de 12:000\$000. Se orçarem a doação o legados em 7:000\$000 é evidente que fica faltando para completar a legítima 1:000\$000.

Isto posto, o desfalque nos termos da cit. ord. opora-se, tirando-se da doação 500\$000 e outra tanta quantia dos legados.

⁴⁰³ Ord. cit. § 3.

A razão da diferença entre a disposição do cit. § 2 e a do § 3, a propria ord. a dá e vem a ser — que a doação que só vale depois da morte do doador, reputa-se como legado, ao passo que a doação, que se torna desde logo irrevogável, conserva a natureza de doação entre vivos e portanto é sujeita á regra segundo a qual devem de ser reduzidas as doações inoficiosas.

Veja-se Lob. Obrig. Recip. § 395.

⁴⁰⁴ Ord. L. 4, T. 65, § 2, verb. Em quanto não passar a quantia.... etc.

Todavia se o casamento foi por carta de metade, não prevalece em toda sua extensão a doutrina exposta.

As doações que por exceção de regra se tornão desde logo valiosas e irrevogaveis (§ 99) são impraticaveis neste regimen: — annullar-se-ão de si mesmas fasto como tudo que adquirem os casados por carta de metade, *ipso facto* faz-se commum entre elles.⁴⁰⁵

Esta dificuldade, porém, não subsiste para as doações que só se confirmão pela morte do conjugue doador.

Taes doações em vida do doador não valem; é só por morte delle que revestem a natureza de acto translativo da propriedade.⁴⁰⁶ A propria lei as reputa legado.⁴⁰⁷

Assim, ao tempo que a doação assume a plenitude de titulo de aquisição para o donatario, já não existe a communhão universal de bens, dissolvida pela morte do conjugue doador.

Se pois ao tempo que a doação se torna um acto perfeito e definitivo, já não subexiste a communhão de bens que lhe burlava os efeitos; não se lhe pode recusar vigor e efficacia: a doação prevalece como prevalecem os legados deixados pelo marido á mulher⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ É uma consequencia necessaria da natureza do regimen casamento.

⁴⁰⁶ “Porque em vida nunca *valeu* e por morte foi confirmada.” Ord. cit, § 1, in fine.

⁴⁰⁷ Ord. cit. § 1... de modo que a doação seja contada com a herança assi principal como terça e *reputada assi como legado*.

⁴⁰⁸ Não é preciso acrescentar que na hypothese alludida a doação não pode retrotrahir os efeitos ao tempo anterior a morte do doador.

Mello Freire (L. 2, T. 10, § 7), Lobão e outros sustentão a opinião contraria. A razão, em que se fundão, — a incompatibilidade da communhão com os efeitos da doação — não procede, porque, como fica ponderado no texto, ao tempo em que a doação se torna valida, já não existe a communhão.

As palavras da cit. ord. pr. verb. “E assi se fará quando a doação, etc,” não dão a conclusão que dellas deduz B. Carneiro (L. 1, T. 16, § 154, n. 10). Trata-se ahi d’uma doação anterior ao casamento. A coisa doada, seguindo-se o casamento por carta de metade, communica-se como communicão-se todos os bens que traz cada um dos conjugues. A hypothese de que nos occupamos, é mui diversa: é a d’uma doação, feita entre marido e mulher depois de casados e que só vale por morte do doador.

CAPITULO TERCEIRO

DAS RELAÇÕES ENTRE OS PAES E OS FILHOS LEGITIMOS

TITULO PRIMEIRO

Dos filhos legítimos

§ 103. *Da filiação legítima*

Filiação é a relação que o facto da procriação estabelece entre duas pessoas, das quaes uma é nascida da outra.⁴⁰⁹

Considerada com respeito ao filho, esta relação toma particularmente o nome de *filiação*; com respeito ao pae, o de *paternidade* e com respeito á mãe, o de *maternidade*.⁴¹⁰

Diz-se legítima a filiação quando o pae e a mãe de que descende o filho, já se achavão ligados, ao tempo da concepção, por matrimonio valido ou putativo.⁴¹¹

Assim a *legitimidade* da filiação é determinada pela *legitimidade* das relações do pae e da mãe ao tempo da concepção.

A experiencia, fundada em uma longa serie de factos cuidadosamente observados, demonstra que a gestação do feto humano não pode, nem consumir-se antes de cento e oitenta dias depois da concepção, nem consumir-se além antes de cento e oitenta dias depois da concepção, nem protrahir-se alem do decimo mez.⁴¹²

⁴⁰⁹ Murlon, Repet. Escrit. L. 1, T. 7, n. 858.

⁴¹⁰ Murlon, loc. cit.

⁴¹¹ Fr. 2, D. de statu homin. (1, 5); Mello L. 2, T. 6, § 2.

⁴¹² Os juriconsultos romanos, apoiados na autoridade de Hypocrates, tomavão como prazo mais breve da gestação o espaço de 182 dias, seis meses completos (fr. 12 D. de stat. hom.) e como prazo mais longo o de dez meses (fr. 3, § 11, D. de suis. et legit. hered. (C 38. 16).

Destes dados resulta que *podia* ser concebido na constancia do matrimonio, e portanto a lei reputa legitimo:

1º O filho que nasce, passados 180 dias depois do casamento;⁴¹³

2º E o que nasce dentro dos 300 dias posteriores á dissolução da sociedade conjugal.⁴¹⁴

Mas nem aquelle que, na primeira hypothese, nasce dentro dos 180 dias, nem o que, na segunda, nasce depois de passados os 300 dias, podião ter sido concebidos na constancia do matrimonio; portanto não são havidos como legitimos.⁴¹⁵

§ 104 *Da maternidade e paternidade*

A *maternidade* revela-se por signaes exteriores inequivocos: a gravidez e o parto, — factos claros e positivos, susceptiveis de inspecção occular. É neste sentido que deve ser entendida a maxima: *semper est certa mater*.⁴¹⁶

O Cod. Civil francez, art. 312. o Portug., art. 101, o do Chile e outras legislações modernas, aceitando como base os resultados de observações mais recentes, fixão o minimo da gestação em 180 e o maximo em 300 dias.

É esta uma questão que, como judiciosamente observa Paschoal, depende do facto. A lei deve, pois, aceitar o resultado das observações dos hommes competentes e sobre elle assentar o seu decreto.

O pensamento da lei é — que não se repute legitimo o filho que, nos termos expostos, nasce antes de estar completo o periodo minimo, ou depois de passado o maximo. Qual é o periodo minimo e qual o máximo, é questão da competencia da Medicina.

⁴¹³ Fr. 12, D. de stat. hom. (1, 5); Cod. Civil Fr., art. 312; Cod. Civil Port. art. 101. O praso taxado por estes codigos é mais favoravel á legitimidade.

⁴¹⁴ Fr. 3, § 11, D. de sais. et legit heredib. (38, 16). Codigos cit.; Repert. das ordd. volum. 3, pag. 663.

Estes prazos não-se contão por horas, de momento á momento; mas *de die ad diem*, por durações de 24 horas, de meia-noite á meia noite. Fr. 8, D. de feriis et delationib. (2. 12); Mourlon L. 1, T. 7, n. 863.

⁴¹⁵ Entendem alguns escriptores que em favor da legitimidade pode o praso maximo ser proragado por tres, quatro e mesmo sete dias. Mendes, P. I, L. 4, Cap. 3, n. 6; Phebo, Decis. 51.

O filho que nasce antes de passados os 180 dias, pode ficar legitimado pelo casamento subsequente.

⁴¹⁶ Fr. 5, D. de in jus vocando (2. 4.)

A *paternidade*, porém, é por sua natureza occulta e incerta; e, pois, não pode ser firmada em prova directa como a maternidade.

D'ahi a necessidade de funda-la em uma probabilidade que a lei eleva á cathegoria de presumpção legal.⁴¹⁷

A *presumpção legal* é a seguinte:

“O filho concebido na constancia do matrimonio é reputado ter por pae o marido de sua mãe.” *Pater est quem nuptiae demonstrant*.⁴¹⁸

Tal é a regra de direito.

1. A dita regra tem á seu turno por fundamento esta outra presumpção: a da cohabitação dos conjuges ao tempo da concepção.⁴¹⁹

Donde resulta que a regra pode ser subvertida por prova que illida a presumpção da cohabitação.⁴²⁰

A presumpção da cohabitação, fundamento da regra, illide-se deante da prova da impossibilidade fysica da cohabitação no praso legal da concepção.

II. A impossibilidade da cohabitação resulta da *impotencia* e da *separação*.⁴²¹

A impotencia, ou seja anterior ou posterior ao casamento ⁴²², não é aceita como causa de impossibilidade da cohabitação senão quando

⁴¹⁷ Valasc. Consult. 134, n. 2 e 3.

⁴¹⁸ Cit. fr. 5. D. in jus vocando; Mello, L. 2. T. 6, § 2.

⁴¹⁹ Fr. 6, D. de is qui sui vel alieni jur. sunt. (1,6); Monrlon, L. 1, T. 7, n. 861.

⁴²⁰ Cit. fr. 6, verb: sed mihi videtur; Mello, cit. § 2.

⁴²¹ Cit. fr. 6, D. de his que sui etc.; fr. 1, § 14, D. de agnoscend. et alend. liber. (25. 3); Mello cit. § 2.

⁴²² Os commentadores do Codigo Civil francez controvertem largamente a questão de saber se a impotencia anterior ao casamento pode ser recebida para excluir a presumpção legal da paternidade. É fora de duvida que a impotencia anterior pode ser tão absoluta, certa e susceptivel de prova como a posterior; não ha portanto rasão para denegar-lhe o effeito de illidir a presumpção da paternidade. Neste sentido Valet, Explications Sommaires, pag. 421; Demol. tom. 3, n. 35. Em contrario o Codigo Civil Port. art. 105.

absoluta e certa, sendo indiferente que provenha de facto externo, como a mutilação, ou de molestia interna grave.⁴²³

A separação dos conjugues deve ser tal que torne materialmente impossivel a sua conjuncção, como a ausencia em lugar remoto; o encarceramento incommunicavel d'um d'elles.⁴²⁴

III. É mister que a impossibilidade fysica da cohabitação tenha subsistido no *praso legal* da concepção.

Pois que o parto perfeito não acontece nem antes dos 180 dias da data da concepção, nem 300 depois, segue-se que o *praso legal* da concepção não pode protrahir-se alem dos primeiros 120 dias dos 300 que precedem ao nascimento.⁴²⁵

A presumpção legal da paternidade, portanto, só cessa, provada a impossibilidade da cohabitação dentro do dito praso de 120 dias.⁴²⁶

§ 105. *Do adulterio e divorcio quanto á legitimidade da paternidade.*

A prova de adulterio, ainda acompanhado da circumstancia da occultação do estado de gravidez e do parto, não destrua a presumpção legal da paternidade; porque, não obstante as relações criminosas da

⁴²³ Fr. 6. D. de his qui sui etc. (1, 6): Infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit ut generare non posit. Lobão, not á Mello, L. 2, T. 6, § 2, n. 8. Mourlon cit. 874 e Toullier, tom. 2, n. 810.

⁴²⁴ Fr. 1, § 14, D. de his qui sui, etc.; Lobão cit., n. 8; Mourlon cit., n. 872.

⁴²⁵ Isto é de si mesmo evidente. Provada a impossibilidade do accesso nos primeiros 120 dias dos 300 que precederão ao nascimento, maximo da gestação, é claro que, sendo o minimo da gestação de 180 dias, não pode o filho ser do marido: para isso fora mister que nascesse vidavel antes de passados os 180 dias, espaço que vae do ultimo dos 120 dias ao ultimo dos 300 — o que seria contra os dados da experiencia aceitos pela lei. Cod. Civ. Fr. art. 312, Port. art. 103: Veja-se a nota ao art. 101 do Projecto de Cod. Civ. de Hespanha por Goyena.

⁴²⁶ Quando a viuva passa á segundas nupcias dentro dos 120 dias que se seguem á morte do marido e tem parto ainda dentro dos 300 dias depois daquela data, da-se a *confusio partus* e ó difficil determinar quem é o pae: se o primeiro, si o segundo marido. Esta questão resolvesse á vista das provas e circumstancias. B. Carneiro, L. 1, T. 20 § 177, n. 17; Cod. Civ do Chile, art. 200 e 201; Cod. Civ. Port. art. 1234; Rogron ao art. 228 do Cod. Civil. Fr.

mulher com outra pessoa, o filho bem pode ser do marido, e, na dúvida, prevalece a presunção em favor da legitimidade.⁴²⁷

Os filhos que nascem 300 dias, depois da separação judicial e de facto dos conjugues, em virtude de sentença de divorcio perpetuo ou temporario, são havidos como ilegítimos, porque o divorcio importa a cessação da presunção da cohabitação.⁴²⁸

Todavia, como o divorcio não rompe o vinculo matrimonial, subsiste a legitimidade da filiação: — provando-se que o marido reconheceu o filho ou que teve contacto com a mulher durante o praso legal da concepção.⁴²⁹

§ 106. *Da contestação da legitimidade da filiação.*

A legitimidade da filiação pode ser contestada:

1. Em relação ao pae;⁴³⁰

Por não ter tido cohabitação com a mulher no *praso legal* da concepção.

2. Em relação á mãe;⁴³¹

Pela prova de parto suposto;⁴³²

Pela negação da identidade da pessoa que se diz filho.

3. Em relação tanto ao pae como á mãe;⁴³³

⁴²⁷ Fr. 11. D. ad leg. Juliam. de adult. (48,6) : Cum possit et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse. Mello, L. 2, T. 6, § 6; Cod. Civ. Port. art. 108. A declaração da mulher de que o filho não é do marido não faz prova. B. Carneiro, L. 1, T. 20, § 177, n. 7.

⁴²⁸ Cardoso, Praxe, verb. *Filius*, n. 10; Cod. Civ. Port. art. 101; Mourlon, L. 1., T. 7, n. 879.

⁴²⁹ Veja-se art. 313 do C. C. Fr. e os arts. 190 e 191 do cod. do Chile.

⁴³⁰ Quando a acção de constestação da legitimidade da filiação tem este fundamento, a denominação os Franceses — *action en desaveu*. Mourlon, L. 1, T. 7, n. 867.

⁴³¹ *Action en contestation* de l'état. Mourlon, cit.

⁴³² O parto se diz suposto: 1º quando a mulher se finge poeada e dá o parto alheio como seu; 2º ou quando substituo a sua por outra criança. Art. 254 do cod. crim.

Por não ter havido casamento entre elles;

Por ser nullo o casamento.

Por não ter sido o filho concebido na constancia do matrimonio.

A acção de contestação de legitimidade da filiação varia de natureza, segunda o fundamento que lhe serve de base.

Assim que:

a) Quando tem por base o fundamento sob n. 1. (contestação da paternidade.) pertence tão sómente ao pae. Esta acção envolve essencialmente arguição de adulterio; permitti-la a outrem, alem do pae, fora despojar o marido do direito de resguardar a sua dignidade e a honra da familia.⁴³⁴

Mas, como á contestação da paternidade se prendem direitos transmissiveis por successão, a dita acção passa por morte do pae aos seus herdeiros.⁴³⁵

b) A acção de contestação de legitimidade da filiação por qualquer dos fundamentos sob o n. 2 e 3 pode ser indistinctamente exercida por todos aquelles á quem aproveitar a declaração da illegitimidade.⁴³⁶

⁴³³ Action era contestation de légitimité.

Não temos, como os francezes, em nossa linguagem juridica expressões consagradas para designar a acção de contestação de legitimidade em cada um dos tres aspectos expostos. O cod. civil portuguez usa da frase — impugnar a legitimidade — no sentido geral para exprimir a dita acção, qualquer que seja o seu fundamento. P. I, L. unic. T. 9, cap. 2.

⁴³⁴ Cod. Civil Fr.; C. C. Port., art. 106; LL. 14 e 15, T. 2, Part. II; codigo do Chile e outros. Esta doutrina é consequencia da disposição do art. 252 do cod. crim.

⁴³⁵ Mourlon, cit. L. T. 7, n. 897.

⁴³⁶ A contestação de legitimidade da filiação por qualquer dos fundamentos sob. n. 2 e 3 não tem por fim destruir a presumpção — pater est quem nuptiee demonstrant—; entende sómente com os filhos que não estão debaixo da protecção daquella maxima, como no caso de nullidade do casamento, de concepção antes do matrimonio, etc.

c) O pae, pelo fundamento n. 1, a mãe pelos fundamentos n. 2, e ambos pelos fundamentos sob. n. 3. podem intentar a acção de contestação de legitimidade com o unico fim de firmar por sentença a negação da filiação ou simplesmente a negação da legitimidade da filiação.⁴³⁷

Á outras quaesquer pessoas, porém, á quem a acção alludida possa competir, como os herdeiros do pae ou da mae, não é licito propo-la senão com character prejudicial, isto é, como fundamento de outra que della deriva, como é a de petição de herança.⁴³⁸

Resta finalmente observar que a acção de contestação de legitimidade da filiação não prescreve em tempo algum;⁴³⁹ mas prescrevem, passado o praso legal, os direitos heriditarios, que della dependem.

§ 107. *Acção de filiação.*

Os filhos de legitimas nupcias que tem á seu favor a presumpção legal da legitimidade, são mantidos na posse do seu estado, em quanto o contrario não for declarado por sentença passada em julgado.⁴⁴⁰

Á aquelle, porém, á quem o pae ou a mãe impugnaõ reconhecer por tal, compete a acção de filiação para vindicar o seu estado de filho legitimo.¹

Esta acção tem um fim duplo: um, directo, principal e puramente moral — o estado de filho legitimo; o outro, accessorio e dependente do primeiro complexo dos direitos que resultão do estado de filho legitimo.

⁴³⁷ Lobão, Not. áo Mello, L. 2, T. 6, § 22, n. 2.

⁴³⁸ Quando esta acção é intentada por terceiros, q ue não o pai ou a mãe, não tem um fim proprio; é proposta conjuctamente crm ou.ras, com character simplesmente prejudicial.

⁴³⁹ O cod. civil fr., art. 316 e 318 e o portug. art. 107 marcão um praso breve para a iniciação da acção de contestação da paternidade, sob pena de prescripção, Não temos lei a respeito; portanto semelhante acção não pode prescrever em tempo algum, visto como entra na classe das *prejudiciais*, isto é, das que tem por objecto o *estado* das pessoas, as quaes são imprescriptiveis.

⁴⁴⁰ Doctr. das Acç. nota 66.

¹ Fr. 5. D. de agnoscend. et alend. Doctrin. das Acç. § 36.

Quando ella tem por objecto unicamente a vindicação do estado da pessoa, é privativa do filho ¹.

Mas quando a qualidade de filho legitimo é invocada para fundamentar direitos successorios, a dita acção toma o nome de *habilitação* e pode ser intentada por quem quer que tenha direitos á fazer valer contra os que estão na posse da herança deixada pelo pae ou pela mãe.²

A acção de filiação não prescreve em tempo algum; são todavia sujeitos á prescrição os direitos hereditarios, inherentes á qualidade de filho legitimo.³

§ 108. *Da prova da filiação legitima.*

A prova da filiação legitima prcsupôo a prova dos factos seguintes:

- 1º Do casamento entre o pae e a mãe;
- 2º Do nascimento do filho (parto);
- 3º Da identidade da pessoa do filho;
- 4º Da concepção na constancia do matrimonio.

I. O casamento e o nascimento provão-se pelas certidões extrahidas dos livros competentes, e em falta, por testemunhas.⁴

¹ Lob. á Mello, L. 2, T. 6, § 22 n. 2.

² Como no caso do art. 32 do Reg. de 15 de junho de 1859.

³ Mourlon, L. 1, T. 7, n. 931.

⁴ Lei de 24 de setemb. de 1829; Consolidação das leis civis art. 2 a 7.

Não temos propriamente registre de nascimento para as pessoas catholicas. Este registro é suprido pelo assentamento de baptismo, no qual ordinariamente são declarados os nomes do pae e mãe legitimos do baptisado. O registro civil creado pelo decreto n. 798 de 18 de junho de 1851 não está ainda em pratica, por ter sido o dito decreto suspenso pelo de 29 de janeiro de 1852.

O assento de baptismo, bem como *l'act de naissance* dos francezes, não contem senão uma declaração do nascimento feita por terceiro —nascimento que não é testemunhado pelo parocho ou pelo official encarregado do registro; todavia o Direito da-lhes a Corça de prova. Vej. Mourlon. L. 1º, T. 7, n. 905.

A prova do casamento e a do nascimento no prazo legal importão a presunção da paternidade.¹

A certidão do nascimento prova a maternidade.²

Da prova do nascimento no tempo legal resulta a presunção da concepção na constância do matrimônio.

A identidade prova-se por testemunhas.³

II. Na falta da certidão de nascimento, ou por senão ter feito o respectivo assentamento ou por se ter extraviados livro, a filiação legítima pode ser provada pela *posse do estado*.⁴

Resulta a *posse do estado* de uma série de factos que por sua significação importão o reconhecimento do filho pela família á que se diz pertencer.⁵

Para produzir o indicado effeito deve a *posse do estado* ser *constante* e sem *interpolação*⁶, *simultanea* e *indivisivel* em relação ao pae e á mãe.⁷

A *posse do estado* pode ser firmada em juízo por todo o genero de provas admittidas em direito.⁸

Sobre o registro de nascimentos de filhos pertencentes ás religiões dissidentes, veja-se a lei de 11 de setemb. de 1861, art. 2 e decreto de 17 de abril de 1863, art. 19,31 e 47.

Nos diversos bispados do Imperio subsiste a pratica de na falta de assentamento feito oportunamente, abrir-se novo em virtude de justificação dada no juizo ecclesiastico.

¹ Lobão á Mello, L. 2, T. 6, § 22, n. 1.

² Veja-se a nota 1 acima.

³ A certidão do nascimento prova o parto, mas não a identidade.

⁴ Cardoso, Praxe, verb. *filius*, n. 2; Lobão, Acç. Sum. § 251; cod. civil Port. art. 114.

⁵ A posse do estado de filho é principalmente constituída por tres factos:

Nominatio: quando o filho tem o appellido do pae;

Tractatus: quando é tratado de filho pelo pae e pela mãe e por elles educado;

Reputatio: quando é tido e havido por filho na familia e pelos visinhos. Cardoso, verb; cit.; Pheb. Decis. 76; Mourlon, L. 1º T. 7, n. 908; Acç. Snm. § 261.

⁶ Mourlon cit., n. 910.

⁷ Mourlon cit., n. 911.

⁸ Como cartas epistolares, documentos de diversa natureza, depoimento de testemunhas, etc.

A prova da *posse do estado* induz virtualmente, e, portanto, supre: a prova do nascimento, a da paternidade e a da maternidade.

Mas della não resulta a prova do casamento. Assim que para firmar a legitimidade da filiação na hypothese figurada, é mister, além da prova do estado da pessoa, acrescentar a prova do casamento em forma legal.¹

TITULO SEGUNDO

Dos filhos legitimados por subsequente matrimonio.²

§ 109. *Que filhos podem ser legitimados por subsequente matrimonio?*

Por um principio de equidade permite a lei que o casamento, que ergue á posição de esposos legitimos o homem e a mulher que tiverão relações illicitas, retrotraia os seus effeitos e torne tambem legitima a prole antes havida.

Mas, como podem ter existido entre o homem e a mulher impedimentos que, embora dispensaveis, communicão, todavia, ás relações havidas um caracter de profunda immoralidade: oocorrendo taes impedimentos, é denegado aos filhos o effeito retroactivo da legitimação.

Esses impedimentos são: o que provem do vinculo matrimonial (*ligaminis*) e os que resultão de parentesco em grau prohibido.

Não podem, portanto, ser legitimados por matrimonio seguinte os filhos que nascerão de adulterio ou de incesto.³

¹ O § 2 da ord. L. 4, T. 46 acha-se derogado entre nós.

² Os legitimados por matrimonio seguinte entrão neste capitulo porque são em tudo equiparados aos legitimos. Sendo menores cahem, pela legitimação, sob o patrio poder.

³ Const. 10. 11 C. de naturalib. liber. § 13, I. de nuptiis (1. 10) C. 6. X qui sint filii legitimi; ord. L. 2, T. 35 § 12. Veja-se a nota XI no fim.

Reputão-se incestuosos para o dito fim os que nascem de pae e mãe ligados por parentesco, que, segundo o Direito Civil, importa proibição para casamento.¹

A legitimação é determinada pelo tempo da concepção ou do nascimento, segundo for mais favoravel ao filho.² Assim se o impedimento não existia ao tempo da concepção, mas sobreveiu antes do nascimento;³ ou existia ao tempo da concepção, mas cessou antes do nascimento⁴: nestes dous casos o filho se legitima pelo subsequente matrimonio.

Da doutrina exposta resulta que podem ser legitimados por subsequente matrimonio todos os filhos que não entram na definição de adulterinos ou de incestuosos, sem embargo de que entre o pae e a mãe tivessem existido impedimentos de outra natureza, como o de rapto, de disparidade de culto etc.⁵

§ 110. *Natureza e efeitos da legitimação.*

Os filhos legitimados por matrimonio seguem até são por direito considerados á todos os respeitoes como se forão nascidos e gerados na constancia do matrimonio.⁶

Desta identificação operada pela lei resulta que á taes filhos convém todas as relações de direito que tem por base a qualidade de filho legitimo.

¹ Dig. Port. P. II. art. 465. Por Direito civil (romano) o casamento era prohibido entre os collateraes, dentro do 2º gráo; e entre os parentes que estarão entre si em relação de pae e filho (*respectu parentelae*) como tio e sobrinha, e entre os affins nos mesmos grãos. Hein. ad Pandect. P. IV, § 116; Makeldey, § 544 e 545.

² Novella 89, cap. 8, § 1.

³ Como quando o pae era solteiro ao tempo da concepção e já casado com outra mulher ao tempo do nascimento do filho.

⁴ Como se era casado na época da concepção e já viuvo no tempo do nascimento.

⁵ Os impedimentos do Direito Canonico nos grãos de parentesco em que o Direito Civil não prohibe o casamento, não impossibilitão a legitimação. Guerreiro, Tract. 2, L. 1, cap. 4, n. 89. Dig. Port. P. II, art. 415.

⁶ Ord. L. 2, T. 35, § 2: " porque este *legitimado* é em todo *perfeitamente legitimo*. "

É questão se o matrimonio putativo produz o efeito de legitimar os filhos antes havidos. Inclino-me a solução negativa, porque a lei equipara o matrimonio putativo ao valido para os efeitos posteriores: retrotrahi-lo aos factos anteriores é ampliar a ficção alem dos termos da sua definição: — o que é inadmissivel. Em contrario B. Carneiro, L. 1, § 203, n. 8.

O casamento retrotrahe os seus efeitos ao tempo do nascimento dos filhos.¹

Todavia esta retroação não affecta os actos consumados, nem os direitos deferidos antes da legitimação.²

Nos termos expostos, matrimonio legitima não só os filhos vivos, senão também os fallecidos em proveito de seus descendentes.³

§ 111. *Da prova da filiação dos legitimados.*

A legitimação por subsequente matrimonio opera-se por força da lei, independentemente do consenso do pae e do filho.⁴

Mas, como nasceu antes do casamento, o filho não tem em seu favor, como os legitimados, a presumpção legal da paternidade.

Assim que o facto do casamento não basta para provar a paternidade.⁵

¹ Lobão, Dissert. 1ª das anonymas, § 30; B. Carneiro, L. 1 T. 23, § 204, n. 1.

² Mourlon, L. 1, T. 7, n. 943. É regra geral de Direito acerca da *retroatividade*.

³ Gomez á Lei Taur. 9, n. 61; Peres ad Const. 5 C, T, 27, n. 17.

A legitimação prevalece ainda que tivesse intermeiado casamento com outra pessoa. B. Carneiro, cit. §. 203, n. 10.

⁴ Mello, L. 2, T. 5, § 16 nota: Peres ad Const. 5 C. de nat. liber (T. 27, a. 10); Dig. Port. Part. II, art. 474.

Do facto do casamento resulta necessariamente a legitimação: o que pode dar lugar á discussão é a questão, de prova da filiação.

Segundo o D. R., o, filho poçlja, recusar a legitimação. (Novell. 89, cap. 11). Provinha esta disposição da natureza do patrio poder entre os Romanos. Não consentia a lei que uma pessoa sui juris, contra sua vontade,perdesse a sua personalidade e se submetesse ao poder de outra. Hoje, porém, afrouxado o rigor do patrio poder, cessou a razão da doutrina romana, e geralmente entende-se que a legitimação opera os seus efeitos em relação aos filhos, independentemente do consentimento delles. Cod. civil Port. art. 118 e seguintes.

⁵ Lob. Morgados, cap. 11. § 8 in fine.

É evidente que o filho, na hypothese de subsequente matrimonio, não tem em seu favor a presumpção legal da paternidade. O cod. civil fr. exige o reconhecimento do pae, antes ou no acto do casamento, art. 331.

A lei de 2 de setemb. de 1847 não entende com os filhos legitimados por matrimonio seguinte. Consol. das leis civis, not. 3 ao art. 215.

A prova se estabelece ordinariamente pela posse do estado, e o filho é nella mantido em quanto o contrario não é declarado em juizo por via de acção competente.

Pode ainda a paternidade ser firmada, pelo reconhecimento do pae em escriptura publica ou em testamento, ou por qualquer género de provas em direito admittidas.

Ao filho fica sempre salva a acção para se fazer reconhecer legitimado pelo subsequente matrimonio.¹

Pode, porém, a legitimação ser constestada pelo marido, por seus herdeiros ou por terceiros interessados.²

TITULO TERCEIRO

Dos direitos entre os paes e os filhos familias.

§ 112. Generalidades.

No decurso da menoridade fallece ao ante humano a capacidade indispensavel para prover ás suas necessidades e reger sua pessoa e bens.

É mister que alguém tome o infante sob sua protecção, que o alimente, que cultive os germens que lhe brotão no espirito; que, em uma palavra, o eduque, e zele e defenda seus interesses.

Esta nobre missão a natureza confiou-a ao pae e a mãe. Presupõe ella tanto em um como outro, certos direitos sobre a pessoa e bens do filho. Estes direitos em seu complexo constituem o que se chama patrio poder.

¹ Doctr. das Acções, § 36. O cod. civil fr. cit. art. 331, denega ao filho esta acção; concede-a expressamente o cod. Civil Port. art. 119, n. 2.

² Guerr. Tract. 2, L. 1, cap. 5, n. 1 00 e seg.: D. Port. P. II, art. 476.

Tem elle por fundamento a incapacidade do menor;

Consiste no direito de educa-lo, de defender-lhe a pessoa, e de guardar e zelar-lhe os bens;

Compete tanto ao pae como á mãe.

Tal é no ponto de vista filosofico o *patrio poder*.

Mas não é assim, nesta puresa, que tem sido elle comprehendido e regulado pelo Direito positivo.

Modeladas em sua generalidade pelas formulas severas do Direito romano, que neste assumpto reproduz em energico resumo o genio dominador e avaro do povo latino, as leis civis tem desnaturado grosseiramente a instituição do patrio poder, acrescentando-lhe attribuições inconciliaveis com a sua indole e razão de ser e convertendo-o, por uma singular inversão de seu fim, em pesado instrumento da prepotencia, do orgulho e da cobiça dos paes.

Assim que:

O patrio poder rouba ao filho a independencia pessoal nas relações do direito privado; despoja-o em favor do pae dos rendimentos da classe mais mportante de seus bens: seu jugo não cessa com a menoridade.

Felizmente, porém, graças ao progresso das luzes, vão os legisladores modernos reconhecendo a necessidade de separa-lo dos elementos estranhos que o disvirtuão, esforçando-se por aproxima-lo do typo filosofico. É esta a tendencia que predomina nos codigos recentemente promulgados.¹

¹ Veja-se o cod. civil fr. L. 1, T. 9: o Port. P. T, L. unic, T. 9, Secção 7 e seg.; o do Chile, art. 240 a 263.

Entre nós prevalece ainda acerca deste grave assumpto a antiga legislação portugueza que uso é senão a reprodução do Direito Romano, no estado em que o deixara o imperador Justiniano, com as modificações que o tempo e os costume lhe forão fazendo.¹

§ 113. *Do patrio poder.*

Em sentido legal, o *patrio poder* é o todo que resulta do conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pae sobre a pessoa e bens do filho familias. Compete exclusivamente ao pae² e só recahe: sobre os filhos que nascem de justas nupcias³ e sobre os menores legitimados por subsequente matrimonio.⁴

Não lhe são por conseguinte sujeitos: os filhos illegitimos, quer simplesmente naturaes, quer espurios, embora reconhecidos ou legalmente perfilhados; nem tão pouco os adoptivos.⁵

¹ A instituição do patrio poder, tal como se acha constituida pelo nosso direito é um invento absurdo, imaginado antes em utilidade e vantage do pae do que em beneficio do filho.

O jugo do patrio poder, prolongando-se irracionalmente alem da menoridade e dando ao pae o direito de usufruir os bens do filho pertencentes á vasta classe dos adventicios, entre os quaes figurão as legitimas maternas e as heranças deixadas por extranhos, envolve em si uma tirannia cruel, incompativel com as ideas do seculo e contra a qual bradão com toda a energia os mais sagrados direitos e as mais santas aspirações. Quantos entes, fadados para a felicidade, e em maior numero os do sexo fraco, não vegetão ahi, durante a mais formosa quadra da vida, encerrados em carceres privados, ou comprimidos sob as falsas apparencias da grandeza e elegancia, com a alma a anhelar venturas impossveis, porque a avaresa paterna, receiosa de perder o usufructo do peculio, lhes embarga a emancipação!

É mister acabar com esta tirannia.

Imitemos o exemplo dado pelos povos cultos. Em França, em Portugal, no Chile e em muitos outros paizes, o patrio poder termina pela maioridade do filho familias. Cod. civil fr. 372. art. cod. civil port. art. 170, § 3, cod. do Chile, art. 264 à 269.

Em França o usufructo legal do pae cessa chegando o filho familias á idade completa de dezoito annos, (cod. civil, art. 384) " porque alias, observa Mourlon, o pae e a mãe serão interessados em recusar-lhe obstinadamente a emancipação. (Rep. Escrit. L. 1, T. 9, n. 1065).

² Ord. L. 4, T. 87, § 7; Mello, L. 2, T. 4, § 6 e 15.

³ Mello, L. 2, T. 5, § 1; B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 184, n. 3.

⁴ Ord. L. 2, T. 35, § 12 verb.: porque este *legitimado* (por matrimonio seguinte) é em todo perfeitamente *legitimo*.

⁵ Guerreiro, Tract. 2, L. 1. cap. 6, n. 65; B. Carneiro, cit. § 184, n. 9; Digest. Port. P. II, art. 486. Portug. de Donaton. L. 3, C. 18, n. 106 e seguintes.

Perdura enquanto não é dissolvido por algum dos modos estabelecidos em lei, qualquer alias que seja a idade do filho.¹

Suposto o patrio-poder, em sua integridade, seja da exclusiva competencia do pae, todavia alguns dos seus attributos podem ser exercidos por outra pessoa que não o pae.²

Assim a *tutella* não é senão um aggregado de parcelas do patrio poder. Mas o tutor não tem patrio poder, porque faltão-lhe alguns dos attributos essenciaes daquelle poder, como é o direito de usufruir o peculio do menor, o de fazer substituição pupillar.

O filho que está sob o patrio poder, é chamado em direito *filho-familias*.³

Os direitos que em sua reunião formão o patrio poder, quebrão-se em duas ramificações:

Direitos que dizem respeito á pessoa do filho familias;

Direitos que concérnem aos bens.

§ 114. A. *Direitos do pae quanto a pessoa do filho familias.*

Compete ao pae pelo que respeita á pessoa dos filhos familias:

1º Determinar o genero de educação que lhes convem dar, marcar o lugar em que devem recebe-la e escolher os mestres;⁴

2º Te-los em sua companhia, sob sua guarda e sujeição;⁵

3º Corrigi-los e castiga-los moderadamente em quanto forem menores;¹

¹ Ord. L. 4, T. 81, § 3; Provis. de 24 de maio de 1823 e Decr. de 1 de fevereiro de 848.

² A mãe e o proprio avô exercem tambem attributos do patrio poder. Quanto á mãe, veja-se Mello, L. 2, T. 4, § 15, e quanto ao avô, a ord. L. 4, T. 102, § 1.

³ Ord. L. 4, T. 81, § 3.

⁴ Mello, L. 2, T. 4, § 10; Lobão, Obrig. Recipr. P. I. cap. 3. § 46 e seguintes.

⁵ Ord. L. 1, 88. § 6; B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 185, n. 2.

4º Exigir que lhe prestem gratuitamente os serviços próprios de sua idade e condição;²

5º Conceder ou negar-lhes consentimento para casamento;³

6º Nomear-lhes tutor em testamento;⁴

7º Fazer testamento por elles e nomear-lhes herdeiro para o caso de fallecerem dentro da pupillar idade;⁵

8º Representa-los nos actos da vida civil, quer judiciaes, quer extrajudiciaes;⁶

9º Dar em nome delles queixas por crimes de que tenham sido victimas;⁷

10. Reclamar, por via de acção competente, que lhe sejam restituídos por quem injustamente os detenha sob seu poder.⁸

§ 115. *B. Direitos quanto aos bens.*

Noção dos peculios.

Os bens que formão o patrimonio dos filhos familias recebem a denominação de *peculios* e são sujeitos á um regimen especial.¹

¹ Art. 14, § 6 do cod. crim. do Imperio. Resol. de 20 de abril e de 20 de julho de 1751. O pae pode prender o filho ora casa, por correição, sem incorrer em crime de carcere privado. Repert. das ordd. tom. 3, pag. 934. B. Carneiro, cit. § 185, n. 8.

Pode o pae requerer ao magistrado a prisão do filho em castigo? Não, porque não ha lei conferindo ao poder judiciario tal attribuição.

² Ord. L. 1, T. 88, § 13 (arg.); Mello. L. 2, T. 4. § 11; B. Carneiro, L. I, T. 21, § 185, n. 5.

³ Lei de 6 de out. de 1784, § 4.

⁴ Ord. L. 4, T. 102, § 1.

⁵ Ord. L. 4, T. 87, § 7.

⁶ Ord. L. 3, T. 41, § 8. Gab. Pereira, Decis. 19: Mello, L. 2, T. 4. § 12.

⁷ Art. 72, 75, § 6 do cod. crim. Pela antiga legislação podia o pae por propria authoridade defender o filho familias no juiso criminal. Mello, L. 1, T. 4. § 9. Esta doutrina não prevalece hoje. Se o filho familias é menor, o juiz da-lhe curador, mas o pae não pode por direito proprio figurar no processo como defensor delle, salvo no character de procurador, se é maior, ou de enrador nomeado pelo juiz, se é menor.

⁸ Mello, L. 1, T. 4, § 8; B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 185, n. 4. Doctr. das Acç. §. 44.

Estes bens distribuem-se, segundo a sua origem de aquisição, em quatro classes, cada uma com o seu nome consagrado na linguagem jurídica, a saber:

I. *Peculio profecticio*: consta da porção de bens que o pae *realmente separa* do acervo de seus haveres e *entrega* ao filho famílias para que este em seu proprio nome os *administre*.²

São reputados parte deste peculio os fructos, rendimentos e ganhos que delle procedem, acontecidos em quanto o filho famílias vive em companhia do pae ou da mãe.³

¹ O *sisthema* do nosso Direito sobre o regimen dos peculios dos filhos famílias, tirado do Direito Romano, é complicado, defeituoso e irracional. O Direito Romano sobre este assumpto é uma criação historica que se foi lentamente formando e recebendo modificações á proporção que ia afrouxando o rigor do patrio poder. Esta elaboração deu em resultado um todo disforme e incoherente. (Vej. Marezoll, Droit, § 176).

A legislação moderna tem simplificado esta materia sujeitando-a á regras claras e justas. Segundo o cod. civil francez, todos os bens do filho famílias formão um só patrimonio, regido por principios uniformes. O usufructo legal que compete ao pae termina ao completar o filho famílias dezoito annos de idade e comprehende todos os bens, salvo: 1º os que o filho adquire por trabalho separado do do pae, ou por industria distincta do estado ou profissão paterna; 2º os que lhe forão doados ou legados sob expressa condição de que nem o pae nem a mãe tenham o usufructo, e 3º finalmente os bens que vierão por uma successão, desviada do pae ou da mãe por *causa de indignidade*. Mourlon, Rep. Ecrit. L. 1. T. 9, n. 1058.

O cod. civil Port. (art. 144 á 149), suposto consagre quatro classes diversas de peculios, todavia regulou a materia d'um modo justo e conveniente.

² Ord. L. 4, T. 97, § 10 e 16; fr.5, § 4; fr. 7, § 8 D. de pecul. (15. 1); § 1º. Per quas person. nob. adq. (2. 9): "*si quid ex re patris ei obveniat*."

"*Peculium profectitium illud nuncupatur quod voluntate parentis ab ejusdem rationibus quod solum ad administrationem est separatum.... et ex re et substantia patris aut ejus intuitu ad filium familias pervenit*." Struvio.

Deve distinguir-se o peculio profecticio, dos bens de que o pae fez doação ao filho emancipado, ou ainda sob o patrio poder. Estes bens entrão para a propriedade livre dos filhos, á quem pertencem os seus fructos e novidades. Ord. L. 4, T. 97 pr. e § 3; Mello Freire, L. 2, T. 4, § 13 nota; B. Carneiro, L. 1, § 183, n. 2 e 3.

³ Ord. L. 4, T. 97, § 17; Lob. á Mello, L.2, T. 4, § 13, n. 13.

O filho que vive em companhia da mãe, reputa-se viver em companhia do pae. Muitos dos nossos escriptores, seguindo a doutrina da Gloza, sustentão que constituem peculio profecticio as cousas doadas ao filho famílias em contemplação do pae.

Parece-me esta opinião totalmente destituida de fundamento. Importa ella infracção da regra geral de direito — que a causa do acto juridico nem influe na validade do proprio acto, nem pode ser invocada para corrigir os effeitos naturaes que delle resultão, salvo quando entra com a condição.

Quando a doação é feita em contemplação ao pae, evidentemente o pae é a causa do acto: mas, como a causa é um principio extrinseco do acto, não inibe que a doação produza o seu effeito natural — transferir a propriedade ao donatario.

II. *Peculio castrense*: compreende os bens que o filho famílias adquire no serviço militar ou á proposito delle.¹

Nesta classe entrão:

1. Todas as cousas que os paes ou estranhos dão ao filho famílias por motivo de serviço militar;²

2. Os bens que adquire na guerra;³

3. Os donativos, legados, e herança que recebe de seus companheiros de armas;⁴

4. Os rendimentos, productos e ganhos provenientes dos bens castrenses.⁵

III. *Peculio quasi—castrense*: compõe-se dos bens que o filho famílias adquire no exercicio de suas lettras, na pratica das artes liberaes, ou como funcionario publico.⁶

Taes são os bens havidos na advocacia ⁷, na pratica das ordens sacras ⁸, no ensino das sciencias e bellas artes.¹

Em toda a nossa legislação não ha um só texto, donde se possa induzir a opinião alludida; antes na ord. do L. 4, T. 97 — *Das collações* — ha mais de uma passagem que claramente a excluem, como por exemplo a seguinte: (§16) — “*E quando o filho que está com seu pae ou mãe.... ganhar alguma cousa... ou nos lh’a dermos, ou qualquer outra pessoa, não será obrigado de a trazer a collação.*”

¹ Ord. L. 3, T. 9, § 3; L. 4, T. 97, § 18; Const. 1. C. de castr. pecul. (12, 37): etiam quae in castris *per occasionem militiae quaeruntur*.

Não constitue peculio castrense o que o filho famílias que exerce profissão militar, adquire em acto que não tem connexão com a sua profissão. Fr. 11. D. de castr. pecul.

² Fr. 3. D. de castr. pecul. (49. 17); Const. 1. C. de castr. pecul. (12. 37): Quae eunti in militiam á patre vel a matre, aliis ve propinquis vel amicis donatae sunt.

³ Fr. 11. D. de castr. pecul.

⁴ Fr. 8; fr. 16, § 1; fr. 19 pr. D de cast. pecul.; Const. 1. C. de castr. pecul. (12. 37): In quibus sunt etiam hereditates eorum qui non alias noti esse potuerunt, nisi per militiae occasionem.

⁵ Const. 1. C. de castr. pecul.:— “quamvis empti ex castrensi peculio praedia, ejus conditionis efficiantur.”

⁶ Ord. L. 3, T. 9, § 3; L. 4. T. 97, § 10 e 18; Const. unic. C. de castrensi omnium palatinor. peculio (12. 31); Const. 7. C. de adcessoribus et domesticis (1. 51).

⁷ Const. 4 C. de advocatis diversorum judicior. (2. 7).

⁸ Novell. 123, cap. 19.

Revestem a natureza de quasi castrenses: os bens doados ao filho famílias para ajuda de casamento ² e as tenças, pensões e mercês pecuniárias conferidas pelo estado.³

IV. *Peculio adventicio*: compreende todos os bens do filho famílias, que, por seu modo de aquisição não entram na definição de alguma das outras três classes de peculios ⁴, como são:

1. Os bens que o filho famílias herdade sua mãe;⁵
2. Os adquiridos por doação, legado ou herança, ainda mesmo em contemplação do pae;⁶
3. Os lucros e ganhos que obtem com o peculio profecticio, estando fora da companhia do pae, ou da mãe;⁷
4. Os bens que adquire no exercicio das artes mecánicas.⁸

§ 116 C. Direitos do pae sobre os peculios.

Os direitos do pae sobre os bens dos filhos famílias varião segundo a natureza do peculio.

I.

O peculio profecticio, embora collocado sob a guarda e administração do filho, continua á ser propriedade do pae.¹

¹ Ord. L. 4, T. 97, § 18: *acto de letras*, Lob. Not, á Mello, L. 2, T. 4, § 13, n. 6 e 7.

² Ord. L. 4, T. 97, § 10. Enquanto não se realiza o casamento, porque pelo casamento fica o filho emancipado.

³ Cit. ord, e §: Peg. ad ord. L. 3, T. 9, § 3, n. 10; Lobão Not. á Mello, cit. § 13, n. 10. As doações do imperador entram na classe das feitas por particulares. Consolid. das Leis Civis, art. 180, § 5 nota (1)

⁴ Ord. L. 4, T. 97, § 19: T. 98; § 1. J. Per quas person. nob. adquiritur, (2.9): Quod autem ex alia causa sibi filius famílias adquisivit, hujus usumfructum patri quideni adquirat, domium autem apud eum remaneat, Marezoll, Droit Rom. § 176; Lobão Not, á Mello, L. 2, T. 4. § 13. n. 22.

⁵ Ord. L. 1, T. 88, § 6; Const. 1.2. C. de Bonis maternis (6. 60).

⁶ Cons. 4 C. de Bonis quas liber. (6. 61) ord. L. 4, T. 98, § 1. (arg.)

⁷ Ord, L. 4, T. 97, § 17 (arg.) Lob. cit. n. 22, 8°.

⁸ Valasc. Partition. cap. 13, n. 180; Lobão cit, n. 22, 6°.

Ao filho, como livre administrador, compete geri-lo em seu proprio nome, emprega-lo em qualquer genero de negocio e sobre elle contrahir empréstimos.²

Não pode, porém, aliena-lo por titulo gratuito.³

Pois que o pae retém os direitos de proprietario, pode permittir ao filho uma administração mais ou menos ampla, retomar o peculio, converte-lo em seu proveito, e até doa-lo á outro filho ou á pessoa estranha.⁴

Fica responsavel, até o valor do peculio, pelas dividas que o filho na gestão delle houver contrahido.⁵

O peculio reputa-se doado ao filho, se depois do acto de sua emancipação, elle continua a possui-lo sem contradição por parte do pae.⁶

II.

O *peculio castrense* e o *quasi-castrense* constituem verdadeiros patrimonios, de que os filhos familias *dispõem livremente*, sem dependencia de intervenção dos paes.

Á cerca dos bens que entram na difinição destes peculios, os filhos familias são considerados sob todas as relações de direito como pessoas revestidas de plena capacidade.⁷

¹ Fr. 4 D. de peculio. (15. 1) § 1.1. Per quas person. (2.9) sancitum est... *ut siquid ex re pairis ei obveniat*, hoc secundum antiquam observationem totum parenti adquirat. Valasc. Partition. cap. 13, n. 188.

² Ord. L. 4, T. 97, § 17; fr. 18; § 4; fr. 19 D. de pignorat. act. vel contra, (13. 7); fr. 44 D. de peculio (15. 1).

³ Fr. 7. D. de donationibus (39.5). Salvo authorisação do pae, cit. fr. § 1.

⁴ Fr. 4 D. de peculio (15.1) § 1 J. Per quas person. B. Carneiro L. 1, T. 21, § 187, n. 5.

⁵ § 4 J. Quod com eo. (4.7); fr. 44 D. de pecul, (15. 1) Mello L. 2, T. 4, § 14 nota.

⁶ Const. 17 C. Quae sit. long. consuet. (8. 54): fr. 31. § 2 D. de donationibus (39. 5). Nesta hypothese o peculio converte-se em doação do pae ao filho e entra na classe das doações em adiantamento de legitima, (ord. L. 4. L. 97).

⁷ Const. 6. 7. de bonis quae liber. (6. 61); fr. 2 D. ad Senatus consult. Maced. (14.16).

Em quanto, porém, são menores de vinte um annos, os ditos peculios se conservão sob a guarda e administração dos paes.

III.

Nos bens que formão o *peculio adventicio* tem o pae, o usufructo e a administração. A propriedade pertence ao filho.¹

A. Não pode o pae, sem consentimento do filho ou sem decreto judicial, se o filho é menor, empenha-los, hypotheca-los ou aliena-los por qualquer titulo, ² salvo nos casos seguintes:³

a) Para pagar dividas ou legados de que viesse onerado o peculio;

b) Para prover á própria subsistencia, ou á do filho, em falta de outros meios;

c) Quando os bens são de sua natureza susceptiveis de rapida deterioração;

d) Ou sendo immoveis, não podem ser, por estereis, convenientemente aproveitados.

Fica o pae sujeito á todos os onus que pesão sobre o usufructuario, excepto á prestar caução.⁴

Assim, é obrigado á zelar e conservar os bens, fazendo as bemfeitorias e reparos necessarios, ⁵; a pagar os tributos e censos que os

¹Ord. L. 4, T. 97. § 19; T. 98; L. 1, T. 88, § 6; Const. 1. C. de bonis mater. (6. 60).

² Ord. L. 1, T. 88, § 6; Const. 4 C. de bonis quae liber. (6. 61).

³ Const. 1.2. C.de bonis maternis (6.60); C. 8, § 4 e 5, C. de bonis quae liberis (6. 61); B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 188, ns. 3, 4 e 5. Vendem-se em primeiro lugar os moveis e na falta destes os immoveis menos uteis., cit. Const. 8, § 4. Se o pae é negligente em pagar as dividas, responde pelos juros, cit. § 4. Vej. Lobão Not. áa Mello, L. 2, T. 4, § 12, n. 1 e seg.

⁴ Const. 8, § 4, C. de bonis quae liber. (6.61); paterna reverentia eum excusante... et á cantionibus. Caução *de bene utendo*. B. Carneiro, cit. § 188, n. 25.

⁵ Const. 1. C. de bonis mater. (6.60); Const. 8, § 4, de bonis quae liber. (6. 61); B. Carneiro cit. § 188. n. 29 e 30. As bemfeitorias compensão-se com os rendimentos.

gravão ¹; á defende-los em juízo e á reivindicá-los do poder de terceiro ²; á cobrar as dívidas activas ³; á indemnizar os danos causados por dolo ou culpa sua ⁴; á dar em fim contas de sua administração.⁵

No caso de manifesta delapidação do pecúlio, pode ser removido da administração; mas não perde o usufructo.⁶

B. O filho, em quanto não se emancipa, não pode dispor dos bens adventícios, nem mesmo obrigá-los por dívidas.⁷

Para segurança da restituição do pecúlio com as indemnizações devidas, tem elle hypotheca legal sobre os imóveis do pae,⁸ além do direito de annular as alienações illegalmente feitas e reivindicar a coisa alienada.⁹

C. A regra de que o pae tem o usufructo e a administração do pecúlio adventício, cessa:

1º Quando os bens são doados, legados ou deixados ao filho com a condição de não ter o pae o usufructo ou proveito algum;¹⁰

2º Quando é doado, legado ou deixado o usufructo tão sómente, e não a propriedade;¹

Const. 1 C. de bonis maternis: Et sumptus ex fructibus impigre facere. Valas. Consult. 116, n. 5 e 9.

¹ Const. 8, § 4. C. de bonis que liber.: Sin autem legata. vel fidei commissum, sive annalia... Lob. Not. á Mello L. 2, T. 4, § 13, n. 26, 3º.

² Const. 1. C. de bonis maternis (6. 60: Et litem inferentibus resistere).

³ C. 1. C. de bonis matr.; verb. atque ita omnia agere... Lob. cit. n. 26.

⁴ Ord. L. 1, T. 88, § 6 (arg.); Const. 8, § 4, C. de bonis quae liber. (6. 61); Repert. T. 3, pag. 934; B. Carneiro, cit. § 188, n. 33.

⁵ Ord. L. 1, T. 88, § 6 verb.: E é obrigado a entregar-lh'os, quando forem emancipados... ord. L. 3, T. 9, § 4; Mello Freire, L. 2. T. 4, § 12.

⁶ Ord. L. 3, T. 9, § 4; Mello, citado § 12; Lobão á Mello, cit. § 12. n. 29.

⁷ Repert. das ord. tom. 3, pag. 294; B. Carneiro, cit. § 188, n. 2.

⁸ Lei de 24 de set. de 1864, art. 3 §.

⁹ B. Carneiro cit. § 188, n. 9, 10 e 11.

¹⁰ Ord. L. 4, T. 98, § 1. Esta condição não pode ser imposta ao herdeiro necessario quanto á legitima. Lob. cit. § 13, n. 27.

3º Quando aceita contra a vontade de pae uma doação, ou uma herança;²

4º Quando o pae faz renuncia do usufructo;³

5º Quando for omisso em fazer inventario dos bens do casal, dentro de dous mezes contados da data do fallecimento da mãe.⁴

Os bens adquiridos nestes cinco casos entram para o dominio pleno do filho, e recebem a denominação de *peculio adventicio extraordinario ou irregular*.⁵

§ 117. *Do estado de filho familias.*

Da natureza e extensão dos direitos que em seu complexo formão o patrio poder, deduz-se claramente a posição do filho familias no *sisthema* do nosso Direito Privado.

A dependencia em que vive para com o pae, colloca-o no estado de incapacidade para os actos da vida civil.⁶

Esta incapacidade, porém, difere da incapacidade do menor que está sob tutela: nem termina com a menoridade, nem é absoluta; cessa totalmente para todos os actos que alludem aos bens castrenses, quasi-castrenses e adventícios extraordinarios, em relação aos quaes

¹ Cit. ord. L. 4, T. 98, § 4. E futil a distincção entre usufructo e commodidade do usufructo, e improcedente a opinião de que por morte do filho passa o usufructo ao pae. Em contrario B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 189, n. 7.

² Ord. L. 4, T. 88, § 3.

³ Cit. ord. § 2.

⁴ Ord. L. 4, T. 98, § 6. Neste caso o pae perde o usufructo não só da legitima materna, como de todos os mais bens adventicios do filho. Esta pena, porém, não pode ser imposta senão em virtude de sentença proferida em acção que tenha sido intentada contra o pae. Ass. de 20 de julho de 1780.

⁵ Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 4, § 13, n. 34.

⁶ O pae representa o filho familias nos actos judiciaes e extrajudiciaes. Vej. B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 192, n. 15 e seg. Mello, L. 2, T. 6, § 3, in fine.

assume o filho famílias o caracter de agente de direitos, livre e independente.¹

Não importa o patrio poder a absorpção da individualidade do filho na pessoa do pae; a sua personalidade, embora sujeita ao poder do pae, permanece inteira e distincta.²

Assim que:

1º São permittidos entre o pae e o filho famílias todos os contractos que não são por lei prohibidos entre paes e filhos;³

2º Não é o pae obrigado pelos actos do filho famílias,⁴

Salvo:

a) Pelas dividas contrahidas na administração do peculio profecticio;⁵

b) Quando o objecto da convenção que o filho fez com terceiro verteu effectivamente em vantagem delle.⁶

O filho famílias deve ao pae reverencia e gratidão. A infracção destes deveres sujeita-o á penas diversas, segundo a gravidade da offensa.¹

¹ Veja-se acima § 116.

² Alguns interpretes do Direito Romano, para explicar certos efeitos do patrio-poder, inventarão a theoria da unidade de pessoa entre o pae e o filho famílias. Mas semelhante ficção, que alias não encontra apoio nos textos, é absolutamente inacceitavel perante o nosso Direito. Mello, L. 4, T. 1, § 8.

³ Mello, cit. § 8. Se o filho é menor e tem de contractar com o pae, dá-se-lhe tutor. B. Carneiro, cit. § 191, n. 4.

⁴ Pelo principio de que ninguem responde pelo facto alheio. Mello, L. 2, T. 4, § 14, nota.

⁵ Ord. L. 4, T. 50, § 3.... Vej. acima § 116.

⁶ § 3 J. Quod cum eo (4, 7); B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 191, n. 26. Em regra ninguem é obrigado pelo contracto de terceiro, embora d'ahi lhe provenha vantagem, salvo se o terceiro obra como *negotiorum gestor*. Mas attentos os laços que ligão o filho famílias ao pae, fez o Direito excepção exposta em relação ao pae. (Makeldey, § 517, n. 4.)

O pae só é obrigado até o valor do proveito que tirou do acto do filho. B. Carneiro, cit. § 191, n. 26.

A *actio quod jussu* e a *tributoria* (Makeldey, cit. § 517, n. 1 e 3) não tem por fundamentos as relações que o patrio poder estabelece entre o pae e o filho; presupõem ellas mandato emanado do pae; na primeira *hypothese*, figura elle como simples mandante, na segunda como preponente. Assim, pois, entram ellas na *theoria das obrigações*, sem nada offerecer de particular.

§ 118. *A mãe não tem patrio poder.*

Dominado da tradição romana, segundo a qual a mulher ocupava no matrimonio uma posição semelhante á da filha familias, o nosso Direito Civil denega ás mais o patrio poder.²

Todavia, os vinculos sagrados que existem entre ellas e os filhos, são de uma energia tal e de uma realidade tão viva, que, não obstante inveterados preconceitos, não podião deixar de receber a consagração da lei.

Assim, pois, a lei consagra e reveste de sua força certos direitos e obrigações das mais para com os filhos.³

§ 119. *Da suspensão e termo do patrio poder.*

O patrio poder suspende-se:

1º Pela sentença que, declarando o pae incapaz de reger sua pessoa e bens, da-lhe curador;⁴

2º Pela prolongada ausencia do pae em logar incerto ou remoto.⁵

¹ Como privação do direito de pedir alimentos; a desherdação. Ord. L. 4, T. 88. Estes deveres, em geral, são communs aos filhos emancipados, e aos illegítimos.

² Ord. L. 4, T. 87, § 7; Mello, L. 2, T. 4, § 6.

Suposto manifestem tendencias de collocar a mae nas suas relações de direito com os filhos ao nivel do pae, não são uniformes as disposições dos codigos modernos acerca deste assumpto. Em uns o patrio poder passa em sua integridade á mae, por morte do pae (Cod. Civil Francez, art. 373; civil Port. art. 138); em outros com certas limitações, como a perda de metade do usufructo dos bens do filho. Veja-se Goyena, Project, de Cod. Civil para a Hespanha, nota ao art. 164.

³ Como o direito de pedir alimentos; de successão reciproca; de requerer a posse em nome do ventre (ord. 3, 18, § 7); de fazer substituição exemplar; de exercer a tutela, renunciando o velleiano, etc.

⁴ Lobão, Not.á Mello, L. 2, T. 5, § 21; Borges Carneiro, L. 1, T. 21, § 184, n. 6, 7 e 8; Cod. Civil Port. art. 168, § 1.

⁵ L. cit.; B. Carneiro, cit. § 184, n. 8.

Da suspensão do patrio poder resulta a necessidade de dar tutor ao filho menor, ¹. O pae fica tão sómente inhibido de administrar os bens do filho, mas não perde o usufructo.²

Termina o patrio-poder:

I. Pela morte do pae ou do filho;

II. Pela entrada do pae ou do filho em religião aprovada;³

III. Pelo casamento do filho ⁴;

IV. Quando o filho, maior de vinte um annos, sahe da companhia do pae e sem opposição sua estabelece economia separada com intenção de viver sobre si;⁵

V. Por carta de emancipação, passada de authoridade do juiz de orphãos, em virtude de escriptura de demissão do patrio poder voluntariamente concedida pelo pae em favor do filho, quer seja elle maior, quer menor;⁶

¹ Efeito necessario, porque o menor ou está sob o patrio poder ou sob tutela.

² Lob. cit. § 21.

³ B. Carneiro, L. 1, § 194, n. 5.

⁴ Ord. L. 1. T. 88, § 6; L. 4, T. 50 § 2; T. 87, § 7.

⁵ Const. 1. C. de emancipat. (8, 47); Novell. Leonis, 25 in fine: " Sive verbis quidem concessum non sit, sed *consensus tacitus filio vitae rationes separatim instituenti, non adversatus sit, verum ipsum suo modo seorsum vivere permiscrit.* " Esta doutrina tem sido geralmente aceita, com uma ou outra modificação, de modo que constitue hoje o *uso moderno* sobre a materia. Mello, L. 2, T. 4, § 26; B. Carneiro, L. 1, T. 21, § 194, n. 18.

Desde que o filho institue economia separada, com intenção de governar-se á parte, a emancipação entende-se verificada, não contradisendo o pae logo: " *satis enim est, quod non contradicat, ut statim emancipatus videatur.* " Mello, loc. cit. nota.

É mister que o filho seja maior, porque enquanto menor não se pode governar por se, e portanto é juridicamente imposivel o facto que traz a emancipação — o governo á parte. B. Carneiro, cit. § 194, n. 19.

⁶ Ord. L. 1, T. 88, § 6, L. 4, T. 50, § 2 e T. 87, § 7; ord. L. 1, T. 3, § 7; Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 4; Decret. de 15 de março de 1842, art. 5, § 1. Provisão de 25 de setembro de 1787. — Manual do Tabellião, § 125.

VI. Pelo exercicio de cargos publicos, sendo o filho maior de vinte um annos;¹

VII. Pela collação de graus academicos;²

VIII. Pela investidura de ordens sacras maiores.³

IX. Por sentença passada em julgado, proferida em acção competente, nos casos em que pode o pae ser compellido á emancipar o filho,⁴

A saber:

1º Quando o pae afflige o filho com máos tratos;⁵

2º Quando aceita legado ou herança que lhe fora deixado sob a condição de emancipar o filho.⁶

3º Quando força a filha á postituir-se.⁷

4º Quando ingeita o filho infante e é elle creado por terceiro.⁸

¹ Consolid. das Leis Civis, art. 202, § 5. Entre os Romanos o exercicio dos cargos publicos (excepção feita d'alguns de elevada categoria assim na ordem civil como na ecclesiastica) não importava isenção do patrio poder: "filius familias in publicis causis loco patris familias habetur veluti si magistratura gerat, vel tutor detur." F. 9, D. de his qui sui vel alein. (1, 6.)

"A natureza do patrio poder entre os Romanos e os costumes peculiares deste povo, explicão essa singularidade inaceitavel nos tempos modernos. O exercicio dos direitos politicos presuppõe no individuo um certo grau de independencia, incompativel com a submissão ao patrio-poder. É pois d'uma verdade irrecusavel a seguinte proposição do Sr. Dr. Teixeira de Freitas: Quem pode exercer direitos politicos, está habilitado para os actos da vida civil. " Consolid. nota 5 ao art: 202, § 4.

² Const. Polit. do Imperio, art. 92, § 1.

³ Cit. art. 92 § 1. da Constit.

⁴ Ord. L. 3, T. 9, § 4; Prov. de 24 de maio de 1823.

A acção, que compete ao filho para obrigar o pae á emancipar-lo, é summaria. Lobão, Acc. Sum. §.

⁵ Fr. 5, D. si á parentibus quis manum. sit. (37, 12): quem pater malé contra pictatem adficiebat.

⁶ Fr. 92, D. de condition. ed demonstration. (35, 1.)

⁷ Const. 12, C. de episcopal audient. (1, 4.): si lenones patris... suis filiabus... peccandi necessitatem imposuerint. Const. 6. C. de spectacul. et scenic. (9, 4.)

⁸ Const. 2, C. de infantib. exposit.

Podia ainda o pae quando contrahia casamento incestuoso ser coagido á emancipar o filho. Novel. 12, cap. 2.

SECÇÃO TERCEIRA.

CAPITULO UNICO

DOS FILHOS ILLEGITIMOS

§ 120. *Diversas especies de filhos illegitimos.*

Os filhos illegitimos, no estado actual do nosso Direito dividem-se em. duas classes: *naturaes* e *espurios*.¹

Filhos *naturaes* são ou que nascem do pae e mãã entre os quaes, ao tempo da concepção ou do parto ² nao havia impedimento do qual podesse resultar a nota de *espuriedade*.³

Dizem-se *espurios* os filhos provindos de *coito damnado* e *punivel* por Direito Civil.⁴

O coito é *damnado* e *punivel* segundo o Direito Civil, quando entre o homem o a mulher, ao tempo da concepção, subsistia algum dos impedimentos seguintes;⁵

¹ Esta é hoje a verdadeira classificação. Todo o illegitimo que não é *espurio*, entra na classe dos *naturaes*, e vice-versa pertence á classe dos *espurios* todo o illegitimo que não é natural.

Segundo o Direito Canonico, ao qual parece alludir a ord. L. 4, T. 92 verb. "não havendo entre elles parentesco..." e a do T. 99, § 1º verb. "quer seja natural, quer *espurio* e de qualquer outra condição...." ha tres classes de illegitimos: — *naturaes*, *espurios* e os que provindo de coito illicito, mas não *damnado*, não entrão na classe dos *naturaes* na acepção canonica, nem na dos *espurios*, como são os que provem de pae e mãã entre os quaes havia o impedimento de estupro, de rapto, de *disparitas cultús*.

No ponto do vista porém do Direito Civil, a divisão em *naturaes* o *espurios* é perfeitamente exacta: Todos os que não são *espurios*, são perante o Direito Civil reputados *naturaes*. Valas. Consult. 140, n. 8 e 9; B. Carneiro, L. 1, T. 20, § 179, n. 7 nota (a). Consolid. das L. Civis, art. 207 e 211, nota (3).

² Novella 89, c. 8, § 1; Pheb. Decis 68, ns. 11 e 12; Repert. tom. 2, pag. 471; B. Carn. cit, § 179, n. 8.

³ B. Carneiro, cit, 1179, n. 7 e nota (§); Valas. Consult. 29; Consolid. das L. Civis, art. 208.

⁴ Ord. L. 4, T. 93; Consol. das . L. civis, art. 211, nota (3) B. Carneiro, cit § 179, n. 6 nota (b). Os *espurios* tambem se denominão *bastardos*. Mello L. 2, T. 6, § 4.

1º Impedimento de parentesco em grau proibido;

2º Impedimento resultante de investidura de ordens sacras maiores ou de entrada em ordem religiosa aprovada;

3º Impedimento do vínculo matrimonial.⁶

No primeiro caso denominão-se os filhos incestuosos; no segundo, — sacrilegos; no terceiro — adulterinos.⁷

TITULO PRIMEIRO

Dos filhos naturais.

§ 121. Maternidade dos filhos naturais.

A maternidade dos filhos naturais prova-se:

1º Pela certidão de baptismo;⁸

2º Pela posse do estado;⁹

3º Por testemunhas e em geral por todo e qualquer genero de provas admittidas em direito.¹⁰

O filho natural, cuja maternidade não é duvidosa, ou por constar do assentamento de baptismo, ou por ser notoria, é mantido na

⁵ Consol. das Leis civis, cit. art. 211, nota 3; B. Carneiro, cit. § 179, n. 6, nota (b).

⁶ Veja-se Secç. 1ª cap. 2 tit. 2º.

⁷ B. Carneiro, cit. § 179, n. 6. Consolid. das Leis civis, art. 210.

⁸ Provis. n. 29 de 23 de fevereiro de 1847. A maternidade de pessoas pertencentes ás religiões dissidentes prova-se por certidões extrahidas dos respectivos livros de nascimentos. Art. 31 e 45, § 5 do Decr. de 17 de abril de 1863.

⁹ Av. n. 279 de 17 de dezembro de 1853; Consolid. das Leis civis, art. 214. B. Carneiro T. 1, § 180, n. 10.

¹⁰ Pheb. Decis. 76, n. 7: B. Carneiro, L. 1, T. 20. § 180, n. 11.

posse do estado em quanto o contrario não for declarado em juizo por sentença passada em julgado.¹¹

A acção de maternidade pode ser intentada não só pelo filho natural, como por seus herdeiros e por todos quantos tiverem direitos á fazer valer por via della.¹²

§ 122. *Paternidade dos filhos naturaes.*

A paternidade dos filhos naturaes (para o effeito da successão) não pode ser provada em juizo senão pelo reconhecimento do pae em forma authentica, isto é, por *escriptura publica ou por testamento*.¹³

Deste presuposto resulta:

Que o reconhecimento é um facto que absolutamente depende da vontade do pae.¹⁴

I. *Escriptura publica*. Exige a lei escriptura publica para cercar o reconhecimento das solemnidades de *acto authentico* no intuito de revesti-lo do character de plena certeza e de evitar a surpresa e a irreflexão em um passo de tanta gravidade.¹⁵

¹¹ B. Carneiro, L. 1, T. 20, § 180, n. 10; cit. Av. de 17 de dezembro de 1853; Consol. das Leis civis, art. 214. Assim que o filho natural na hypothese alludida não tem necessidade de habilitar-se.

¹² Quando a filiação é *duvidosa* (cit. av. de 17 de dezembro de 1853) ou é contestada, ao filho compete acção para se fazer reconhecer.

¹³ Lei de 2 de setembro de 1847.

¹⁴ Para o effeito da successão.

A citada lei de 2 de setembro de 1847 contem apenas tres innovações, que são as seguintes:

1.^a Equiparou os filhos dos nobres aos plebeu para o effeito de poderem succeder á seus paes; (art. 1)

2.^a Fez dependente de reconhecimento anterior ao casamento o direito dos naturaes de concorrerem a herança paterna com os legitimos do mesmo pae; (art. 2)

3.^a Limitou a prova da filiação natural para a successão a dous unicos meios — escriptura publica e testamento, (art. 3)

Veja-se a Nota no XII no fim.

¹⁵ É esta effectivamente a intenção da lei.

Mourlon, commentando o art. 334 do cod. civil francez, que contem doctrlna semelhante á da nossa lei, diz; "As solemnidades de acto anthentico tem alguma cousa de grave e respeitavel, que, despertando a attenção das partes, lhe faz comprehender a

E pois não vale o reconhecimento feito, verbalmente ou em escriptos particulares, como cartas, livros de assentos de familia ¹⁶, e ainda em instrumento publico dos que não entrão na classe das escripturas publicas, como são os assentamentos de baptismo, lavrados pelos parachos.¹⁷

Todavia vale e produz todos os seus effeitos legaes, sendo feito em audiencia de conciliação ou por termo nos autos, porquanto tanto em um como em outro caso verificação-se substancialmente os requisitos prescriptos pela lei.¹⁸

II. *Testamento*. Não marcou a lei especie individuada de testamento para o reconhecimento.

Donde resulta que o reconhecimento pode ser legalmente feito:

Em testamento aberto publico;¹⁹

Em testamento cerrado;²⁰

Em testamento aberto particular;²¹

Ou finalmente em testamento nuncupativo.²²

importancia do acto que vão praticar. Não ha temer surpresas e violencias: a presença do official a publico garante a inteira e plena liberdade das partes." Repet. Ecrit. L. 1, T. 7, n. 949. Vej. Rogr. com. ao cit. art. 334.

¹⁶ Consolid. das Leis civis, art. 212, nota (2). Em contrario Dr. Perdigão, Questão 4ª.

¹⁷ Consolid. das Leis civis, nota cit. Em contrario Dr. Perdigão, Questão 2ª.

Cumprir notar que o reconhecimento feito nos livros do registro de nascimentos das pessoas não catholicas (Reg. de 17 de abril de 1863, art.) é valido porque os assentos lavrados em taes registros contem tudo quanto intrinseca e lei se exige para a escriptura publica. Consolid. das Leis civis, art. e not. cit.

¹⁸ Dr. Perdigão, Questão 5ª. A confissão em audiencia do juizo de paz ou por termo nos autos offerece substancialmente as mesmas garantias que a escriptura publica, não só quanto á certesa como quanto á evitar reconhecimentos filhos da surpresa, da sedução ou da irreflexão.

¹⁹ Consolid. das Leis civis, art. 1054 e seguinte.

Segundo o Direito Francez o reconhecimento pode ser feito em *testamento publico* (cod. civil, agt. 971) mas não em testamento olografo ou mistico. Murlon cit. n. 952, Rogr. com. ao art. 970.

²⁰ Consol. das Leis civis, art. 1055.

²¹ Consol. cit. art. 1060.

O reconhecimento, acto absolutamente dependente do arbitrio do pae, desde que é consignado no testamento, passa á ser clausula testamentaria: dominado da mesma intenção que determinara as ultimas vontades, reveste-lhes a natureza.²³

Assim que:

1º Um tal reconhecimento pode ser revogado pelo testador á todo o tempo;²⁴

2º E cessa de prevalecer sempre que por qualquer motivo o testamento deixa de subsistir.²⁵

§ 123. *Em que tempo deve ser feito o reconhecimento.*

A ler não marcou praso dentro do qual deve de ser feito o reconhecimento do filho natural.²⁶

O reconhecimento, pois, pode ser feito: 1º, durante a vida do filho; 2º, antes de nascer, mas estando já concebido ²⁷; 3º, e mesmo depois de morto.²⁸

²² Consol. cit. art. 1061.

²³ Consol. das Leis civis, art. 212, nota (2); Merlin, Repert. verb. filiat., n. 7: Demol. Patern. n. 455. Toda e qualquer declaração ou confissão feita, em testamento adquire a natureza de clausula de ultima vontade. O reconhecimento da filiação é em substancia uma *confissão*. Portanto taes actos não se tornão definitivos e consumados, senão pela abertura do testamento.

²⁴ “*Todos os actos* que são ordenados para o tempo da morte, se podem *mudar e revogar* até a morte”, ord. L. 4, T. 37 pr.

²⁵ O testamento deixa de subsistir:

Quando é nullo. (Mello, L. 3, T. 5, § 47).

Quando roto por agnação do posthumo, ou por testamento posterior (Mello cit., § 48 e 49).

Quando se torna irritto, hypothese que não se verifica no nosso Direito. (Mello cit., § 51)

Em todos estes casos o reconhecimento cahe com o testamento. Vej. a Consol. das Leis civis, art 202, nota (2).

²⁶ A lei não subordina a validade do reconhecimento á condição de tempo, salvo na hypothese do art. 2. Consolid. das Leis civis, art. 212 nota (2) in fine, Mourlon, Rep. Ecrit. L. 1, T. 7, n. 959.

²⁷ O facto da geração existe antes do nascimento; pode portanto ser objecto de confissão. Mourlon cit. n. 957; Rogron comment. ao art. 334 do cod. civil francez.

É porém de notar que o reconhecimento do filho natural não o habilita para concorrer a herança paterna com os legítimos do mesmo pae, senão quando feito antes do casamento de que procedem os legítimos.²⁹

§ 124. *Contestação do reconhecimento.*

O reconhecimento, restabelecendo o estado do filho, firma-lhe o direito de successão á herança paterna e exclue della os ascendentes e collateraes.³⁰

Mas o reconhecimento pode ser nullo³¹ ou contrario á verdade.³²

Em qualquer destas duas hypothecas, pode o reconhecimento ser contestado ³³ por todas as pessoas que tiverem interesse fundado em invalida-lo.

A saber:

1. Pelo proprio filho reconhecido;³⁴
2. Pelos ascendentes do pae;

²⁸ Os filhos naturaes mortos, entendem-se em beneficio de sua prole legitimados pelo subsequente matrimonio de seus paes: não ha razão para que não prevaleça o mesmo principio, quando se trata do reconhecimento. Mourl. cit. n. 959.

²⁹ Lei de 2 de setemb. de 1847, art. 2. Não é este o lugar para a discussão das differentes questões que tem suscitado a intelligencia do cit. art. Veja-se a respeito o com. do Dr. Perdigão Malheiro, a nota ao art. 962 da Consolidação das Leis civis, e o cfr. Mourlon Repet. L. 1, T. 7, n. 977.

³⁰ Consolidação, art. 960, § 1 e 961.

³¹ Se é feito por pae affectado de incapacidade, ou se forão ommittidas formalidades essenciaes.

³² Quando não é filho da pessoa que faz o reconhecimento, ou quando o filho não é natural.

³³ O reconhecimento não cria direitos, mas prova tão sómente o facto, do qual resultão direitos, isto é, a filiação. Portanto se realmente não existe o facto, não pode valer o reconhecimento que é então uma confissão, falsa. Vej. Mourlon, Rep. Escrit, L. 1, T. 7, n. 960, 959.

Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 5, § 19, n. 14 nota e ns. seguintes.

³⁴ Porque o reconhecimento pode attribuir-lhe um estado que não é o d'elle. O reconhecimento não precisa de consentimento do filho; mas elle tem inconstestavelmente o direito de impugna-lo sobre o fundamento de não ser filho da pessoa que fez o reconhecimento. Mourlon cit. n. 961.

3. Pelos collateraes;

4. E pelo próprio pae.³⁵

§ 125. *Posição dos filhos naturales.*

Os filhos naturales, embora legalmente reconhecidos, não incidem nem sob o patrio poder, nem sob a tutela do pae.³⁶

Todavia são considerados membros da família paterna e como taes tem, em regra, os mesmos direitos que os filhos legítimos.³⁷

Devem respeito e reverência ao pae;

Assim que:

1º Não podem contrair matrimonio, em quanto menores, sem licença do pae;³⁸

2º Nem cita-lo, sem primeiro impetrar licença do juiz da causa;³⁹

³⁵ Se o reconhecimento é nullo, não ha a menor duvida que o pae pode invalida-lo. " É lícito a qualquer contrair o proprio acto, sendo nullo. " Moraes, Executien. L. 2, cap. 18, n. 12, e capitulo 19 n. 3.

Demonstrando-se ser o facto da paternidade falso, o reconhecimento fica sem causa, pode, pois, o pae annulla-lo. Rogron, com. ao art. 334 do cod. civil fr. Em contrario Mourlon cit. n.963.

Pode acontecer que mais de uma pessoa reconheça como filho natural a um mesmo individuo. Dada esta hypothese, ao filho compete aceitar o reconhecimento que julgar verdadeiro: é uma consequencia do direito que tem de contestar o reconhecimento que reputa falso. Mourlon cit n. 962.

³⁶ Vej. acima § 113. O pae pode nomear em testamento tutor ao filho natural; esta nomeação, porém, depende da confirmação do juiz. Ord. L. 4, T. 102, § 2.

A legislação francesa, a novissima portuguesa e a de outros povos cultos sujeitam os filhos naturales reconhecidos ao patrio poder, com certas modificações. Cod. civil fr. art. 383 e 384; cod. civil port. art. 166 e 167.

Entre nós, graças á influencia do Direito Romano, o filho natural, ainda reconhecido, permanece, enquanto menor, na posição de orfão, e portanto sujeito á jurisdição do juiz de orfãos, á quem compete dar-lhe tutor. Ha nisto uma grande iniquidade: o pae é despojado de seus direitos e o filho fica privado da protecção paterna para muita vez ser confiado aos cuidados fallazes de um extranho.

³⁷ Succedem aos paes, aos ascendentes e aos collateraes pelo lado paterno. Consolid. art. 960, § 1 e 961; Cordeiro, Dubit. 11; Gama, Decis. 3; Lobão, Not. á Mello L. 3, T. 8, § 17. n. 3.

³⁸ Assento de 9 de abril de 1772, § 3.



3º Incorrem em pena de desherdação nos mesmos casos em que os legítimos.⁴⁰

TITULO SEGUNDO

Dos filhos espúrios⁴¹

§ 126. *Maternidade e paternidade dos espúrios.*

I. A maternidade dos filhos espúrios pode ser provada em juízo pelos mesmos meios por que pode se-lo a dos naturais.⁴²

A acção para investiga-la compete tanto ao proprio filho, como á quem quer que nisso for interessado.⁴³

II. A paternidade dos espúrios pode ser estabelecida em juízo por qualquer genero de provas admittidas em direito.⁴⁴

Mas a acção para investiga-la lhes é tão sómente concedida para pedirem alimentos.⁴⁵

Nada obsta á que o pae reconheça o espurio por escriptura publica ou testamento; o reconhecimento, porém, em nada altera o character da espuriedade e as consequências della resultantes.⁴⁶

§ 127. *Posição dos filhos espúrios.*

³⁹ Ord. L. 3, T. 9, § 1 e 2.

⁴⁰ Ord. L. 4, T. 88.

⁴¹ Quaes são os espúrios? Veja-se acima § 120.

⁴² B. Carneiro; L. 1, T. 20, § 180, n. 11. Valas. Consult. 176, n. 16; Consolid. da Leis civis, art. 213 e 214. Veja-se acima § 121.

⁴³ Como o filho legítimo do espurio, o qual é herdeiro necessario da avó materna. Ord. L. 4, T. 93, Coelho da Rocha § 340.

⁴⁴ B. Carneiro, L. 1, T. 20, § 180.

⁴⁵ Os espúrios não succedem ao pae nem á mãe intestados. Ord. L. 4, T. 93. Lob. á Mello, L. 3, T. 8, § 13, n. 2.

Podem pedir alimentos aos paes. § Ass. de 9 de abril do 1772, § 3º

⁴⁶ Embora reconhecidos não adquirem o direito de succeder aos paes.

Os filhos espúrios, ainda provada a sua filiação, são havidos como estranhos ao pae, do quem só podem haver alimentos.⁴⁷

Em quanto menores, ao juiz de orfãos compete dar-lhos tutor.⁴⁸

TITULO TERCEIRO

Da perfilhação solemne ⁴⁹

§ 128. *O que é perfilhação solemne?*

Transformação da legitimação *per rescriptum principis* do Direito Romano ⁵⁰ e da de autoridade real do antigo Direito Portuguez ⁵¹, a perfilhação solemne, no estado actual do nosso Direito não é senão a

⁴⁷ B. Carneiro, L. 1, T. 22, § 199.

O espúrio succede aos parentes maternos, posto que não succeda á mãe, Ord. L. 4, T, 93; Coelho da Rocha, § 340. Todavia o adulterino succede á mãe quando o impedimento não provem da parte della, Rocha, cit. § 340.

⁴⁸ Todos os menores que não estão sob o patrio poder, ficão sujeitos á jurisdição do juiz de orfãos. Vej. adiante § 145.

⁴⁹ A *perfilhação solemne* é conhecida no nosso Direito pela denominação de — *legitimação por autoridade real* (ord. L. 2, T. 35, § 12). A lei de 28 de setembro de 1828, art. 2, § 1, ainda chama a carta de filiação de — carta de *legitimação*. É uma expressão incorrecta hoje em dia. Só temos um modo de *legitimação* que é a que resulta do subsequente matrimonio; a perfilhação solemne, porém, não é *legitimação*, porque não equipara os filhos perfilhados aos legítimos.

Os codigos modernos tem reduzido a perfilhação á um simples reconhecimento de perfilhação. Vej. o cod. civil fr., art. 334; cod. civil do Chile, art. 270 e seguintes; cod. civil Port., art. 122 e seg.; Cfr. Coelho da Rocha, § 297.

⁵⁰ Consagrava o Direito Romano tres formas de legitimação: *per subsequem matrimonium*; *per oblationem curiae* *per rescriptum principis*. (Makeldey, Droit Romain, § 585).

Esta ultima especie tinha lugar quando o principe, á requerimento do pae, declarava os filhos naturaes *legitimados*. Consistia sua virtude em equiparar o filho legitimado ao filho legitimo pelo que dizia respeito á sujeição ao patrio poder e ao direito de succeder ao pae intestado. Novell. 74, c. 1. Novell. 89, c. 9.

No nosso Direito não ha vestigio da legitimação *per oblationem curiae*.

⁵¹ Ord. L. 1, T. 3, § 1; L. 2, T. 35, § 12; L. 1, T. 85, § 2; Reg. do Desemb. do Paço, § 118; Lei de 7 de janeiro de 1750. As cartas de legitimação erão concedidas pelo Desemb. do Paço.

confirmação, por carta passada pelas justiças da 1ª instancia, do reconhecimento que o pae faz do filho illegitimo com animo de perfilha-lo.⁵²

São elementos substanciaes da perfilhação solemne:

1º O reconhecimento do filho por tal pelo pae;

2º A declaração da vontade de perfilha-lo;⁵³

3º A confirmação por carta do juiz competente.⁵⁴

Podem ser perfilhados tanto os filhos naturaes como os espurios.⁵⁵

§ 129. *Forma da perfilhação.*

A perfilhação solemne não se entende legalmente consumada senão preenchidos os requisitos seguintes:

1º Que o pae reconheça o filho por tal em testamento, escriptura publica ou privada, ou perante testemunhas, com o animo manifesto de perfilha-lo;⁵⁶

⁵² A attribuição de confirmar as perfilhações foi passada pela lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 1, para as justiças de 1.ª instancia. Pertence hoje ao juiz municipal do lugar, art. 2, § 5 do Reg. de 15 de março de 1842.

⁵³ Pheb. Decis. 171, n. 3; Valasc. Consult. 80, n. 8; Lob. Not. n Mello, L. 2, T. 5, § 19, n. 7; B. Carneiro, L. 1, T. 23, § 206, n. 5. Não basta o simples reconhecimento do filho; é mister qtie o pae manifeste a resolução de que quer perfilha-lo.

⁵⁴ Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 1.

⁵⁵ Ord. L. 2, T. 35, § 12 e lei de 7 de janeiro de 1750.

Por Direito Romano só podião ser legitimados *per rescriptum principis* os filhos naturaes e tão sómente quando ora impossivel o casamento do pae com a mãe e não tinha elle filhos legitimos. (Makeldey, art. § 585).

O Direito Canonico estendeu o beneficio da legitimação *per rescriptum Pontificis* ao espurios X. Qui fili sint legit.

Segundo o nosso Direito foi sempre permittido perfilhar os espurios.

⁵⁶ Lobão Not. á Mello, L. 2, T. 5, § 19, n. 7; B. Carneiro, L. 1, T. 23, § 206, n. 6. A lei não marcou a forma especial para prova do reconhecimento e da intenção do pae; portanto são permittidos quaesquer meios de prova admittidos em Direito. Pegas, tom. 3 ad. ord. L. 1, T. 3, § 1, n. 79; Pheb. Decis. 176, n. 3; Lob., cit. § 19 n. 7.

É sufficiente para fundamentar a concessão da carta de perfilhação a instituição do filho em testamento, com a clausula: "se obtiver legitimação." Lob., cit. n.

2º Que, á requerimento do pae ou do proprio filho⁵⁷ seja passada e expedida pelo juiz competente a carta de confirmação.⁵⁸

Hoje não é mister preceder informação com audiencia dos herdeiros do pae, porque a carta de perfilhação não importa nem directa nem indirectamente offensa de direitos de terceiros.⁵⁹

§ 130. *Efeitos da perfilhação.*

Da perfilhação solemne resultavão, segundo o nosso antigo Direito, as seguintes *consequencias naturaes*:

1º O direito de gosarem os perfilhados da nobreza, honras, liberdades, armas e insignias do pae.⁶⁰

2º Dispensa para poderem os espurios ser instituidos herdeiros por seus paes;⁶¹

3º O direito a alimentos.⁶²

O direito de succeder ao pae intestado era uma concessão extraordinaria, feita por graça especial do principe, que resumia em sua

⁵⁷ Provada a intenção do pae, é licito ao proprio filho requerer a carta de confirmação. B. Carneiro, cit. § 206, n. 7.

Antigamente disputavão os nossos escriptores largamente sobre a necessidade de declarar-se na petição para a perfilhação a qualidade da illegitimidade. Essa declaração era necessaria porque podia influir no animo do soberano para conceder ou não a graça extraordinaria ao perfilhado de poder succeder ao pae intestado. Hoje, porém, que a perfilhação só tem effeitos ordinarios, definidos na lei e não effeitos extraordinarios dependentes de graça especial, uma tal declaração, suposto util (no caso da filiação ser natural) não é com tudo necessaria.

⁵⁸ Art. 2, § 1 da cit. lei de 22 de set. de 1828 e art. 2, § 5 do Reg. de 15 de março de 1842.

⁵⁹ A carta de perfilhação não attribue ao filho o direito de succeder ao pae intestado (vej. o § 130); portanto cessa a razão em virtude da qual devião ser ouvidos os herdeiros necessarios e os que já tinham direito adquirido a herança. Cfr. B. Carneiro, L. 1, T. 23, § 206, n. Se o filho é natural, succede por força do reconhecimento em testamento ou escriptura publica e não por virtude da perfilhação solenne. Veja-se a nota (2) ao § seguinte, pag. 271.

⁶⁰ B. Carneiro, L. 1, T. 23, § 207, n. 5.

⁶¹ Res. de 16 de novembro de 1798, transcripta por Lobão, Morgados, Addic. cap. II ao § 62; B. Carneiro cit., n. 16. Os espurios não podião ser instituidos herdeiros por seus paes. (Lob. Acç. Sum. § 181.)

⁶² Assento de 9 de abril de 1772, § 3.

pessoa todos os poderes soberanos. Um tal direito não resultava, como efeito normal, da legitimação em si mesma, mas provinha exclusivamente de uma clausula adjecta a legitimação.⁶³

A attribuição de conceder cartas de perfilhação foi pelo moderno direito passada⁶⁴ ao poder judiciario.

O poder judiciario no nosso regimen não tem a faculdade de dispensar na lei.

Não lhe é pois licito attribuir á perfilhação solemne um efeito que não resultava do acto em si, como o direito de succeder ao pae intestado, mas que tinha por unico fundamento uma concessão que presuppõe a faculdade legislativa de dispensar na lei.⁶⁵

Assim que no estado actual do nosso Direito, os efeitos da perfilhação solemne reduzem-se aos seguintes:

Direito de gosarem os perfilhados das honras e privilegios de filhos legitimos;⁶⁶

Direito de pedirem alimentos aos paes.⁶⁷

⁶³ "E o filho espurio não poderá haver o dito foro, salvo sendo *legitimado* por nós *em tal forma* que possa succeder ab intestado e de outra maneira não." Ord. L. 4, T. 36, § 4 in fine. Portanto a legitimação por si só não dava o direito de succeder ao pae intestado, mas precisava ser passada *em forma tal* que della resultasse semelhante direito. Vão de harmonia com o sentido do texto transcripto as palavras da ord. do L. 2, T. 35, § 12.

"As legitimações não se costumão conceder neste reino em prejuizo dos herdeiros legitimos; e não tendo ellas as qualidades de *restituição plenaria*, mas d'uma mera *dispensa*, só podem aproveitar para os *effeitos e fins que as leis e estilos do reino prescrevem na forma por ellas ordenadas*." Res. de 16 de novembro de 1798. Lob. Addic. ao Tract. dos Morg. cap. 11 ao § 62.

E tal é a authorisada opinião de Paschoal, (L. 3, T. 8, § 14) e de Borges Carneiro (L. 1, T. 23, § 207, ns. 5, 7 e 9).

A interpretação de 29 de abril de 1863 ao Reg. de 15 de dezembro de 1860 allude á perfilhações que importão habilitação para a successão *ab intestato*: o que rasoavelmente não pode ser entendido senão em relação ás perfilhações de filhos naturaes, fundadas em escriptura publica ou testamento.

⁶⁴ Art. 2, § 1 da lei de 22 de setembro de 1828.

⁶⁵ Mello, L. 3, T. 8, § 14 nota. "Ex rescripti igitur verbis et principis voluntate lota haec res pendet."

⁶⁶ Este effeito é incompativel com a doctrina dos §§ 14 o 16 do art. 179 da Constituição do Imperio. Todavia ainda existem vestigios delle.

SECÇÃO QUARTA

CAPITULO ÚNICO

ALIMENTOS

§ 131. *Obrigação de prestar alimentos.*

Antes de adquirir certo grau de desenvolvimento fisico e moral não tem o ente humano capacidade para prover a sua propria subsistencia. E em igual impossibilidade pode achar-se o adulto, ou por enfermidade ou por defeito de organização.¹

⁶⁷ Cit. Ass. de 9 de abril de 1772.

A dispensa para poderem os espurios ser instituidos herdeiros pelos paes, é hoje um effeito annullado, visto como, segundo declarou a lei de 11 de agosto de 1831, taes filhos podem, como quaesquer sutros, ser nomeados herdeiros pelos paes.

A perfilhação solemne dos filhos naturaes são os habilita para succederem   seus paes infestados, quando o reconhecimento é feito em escriptura publica ou testamento. Se a perfilhação tem por fundamento escripto privado ou depoimento de testemunhas, é claro que o filho não pode succeder ao pae intestado; alias serão burladas as provisões da Lei de 2 de setembro de 1847.

De todo o exposto neste   resulta que a perfilhação solemne é hoje uma perfeita inutilidade. Para que o filho consiga todos os effeitos que della resultão (excepto as honras), basta o simples reconhecimento do pae.

Observação:

Seguia-se agora tratar das *Adop  es*. Fazem dellas menção a ord. L. 1, T. 3,   1 e Regim. do Desmb. do Paço, é 118; ainda allude   ellas o   1 do art. 2 da Let de 22 de setembro de 1828.

Rara vez praticadas em Portugal, cahir o entre nós as Adop  es em total desuso, como em geral tem acontecido em toda a Europa. O conde Portalis na introduc  o ao projecto do codigo sardo escreveu o seguinte:

“Na época da organização do codigo civil francez entrava a *Adopção* nos intuitos de Napoleão e abriu-se-lhe espaço no dito codigo como uma das bases do seu estatuto acerca da familia. Mas foi ella rodeada de tantas restric  es e submettida   condicoes tão difficeis de preencher-se que foi facil prever que recebida com desconfiança não se naturalisaria senão com muito trabalho. A experiência tem justificado as previsões dos authores do codigo: — nada mais raro do que uma *Adopção*.”

Sendo, pois, a *Adopção* uma instituição obsoleta, seria uma verdadeira inutilidade tratar della.

¹ Alguns escriptores fazem distincção entre a obrigação de prestar alimentos e a obrigação de criar, sustentar e educar os filhos. A primeira diz respeito aos adultos que por enfermidade não podem prover à sua propria subsistencia; a segunda aos menores. Moulton, Rep. Escrit, L, 1, T. 6, n. 739.

Esta distincção tem effeitos praticos como adiante se ver . (  136 nota 4).

Quando ao homem collocado em qualquer das circumstancias alludidas fallecem posses, quem deve vir-lhe em auxilio para não deixa-lo succumbir á mingua?

— O Estado? Certo; ao Estado incumbe essa obrigação ²; mas antes do Estado que deve protecção á todos os infelizes, a voz da natureza chama os paes e os parentes mais proximos.

Assim que a lei impõe aos parentes dentro de certos graus a obrigação do se alimentarem uns aos outros.

Segundo a nossa legislação, os parentes, na linha recta *in infinitum* e na transversal dentro do 2º grau por direito civil, quer sejam legitimos, quer illegitimos, devem-se reciprocamente alimentos, subsidiariamente uns depois de outros.³

§ 132. *O que são alimentos?*

Por *alimentos* entende-se tudo que é necessario para o sustento, vestuario e habitação.⁴

Se o alimentario é menor, nos alimentos comprehendem-se as despesas de criação e educação.⁵

Dividem-se os alimentos em *naturaes* e *civis*.

Naturaes são os estrictamente necessarios para a manutenção da vida ⁶; *civis* os que são taxados segundo os haveres e a qualidade das pessoas.⁷

² O Estado desempenha este dever, fundando e protegendo a fundação de asylos de mendigos e de invalidos, de casas de caridade e de expostos.

³ Ord. L. 1, T. 88, § 15 e 16; L. 4, T. 99; Assento de 9 de abril de 1772 confirmado pelo alvará de 29 de agosto de 1776.

⁴ Ord. L. 1, T. 88, § 15: "o que lhes necessario for para seu *mantimento, vestido e calçado* e todo o mais." Assento de 9 de abril de 1772; Mello, L. 2, T. 6, § 11 nota. Cod. civil port. art. 171.

⁵ Ord. L. 1, T. 88, cit. § 15: "E mandará ensinar a ler e escrever aquelles que forem para isso." Fr. 6, § 5, D. de Carbonian. Edict (37. 10): "Non solum alimenta pupillo proestari debent, sed et in studia et in coeteras necessarias impensas debet impendi pro modo facultatum."

Chamão-se *legítimos* os alimentos devidos por direito de sangue (juris sanguine).⁸ São estes os que formão o objecto deste capítulo.

Os alimentos, que se prestão em virtude de disposição testamentaria ou de convenção, são regulados pelas leis que regem os actos que lhes servem de fundamento.⁹

§ 133. A. *Alimentos entre parentes legítimos.*

I.

1. Na constancia da sociedade conjugal os filhos são alimentados á custa do pae e da mãe, qualquer que seja o regimen de bens, segundo o qual foi contraindo o casamento.¹⁰

2. Quando os conjuges se separão em virtude de sentença de divorcio, ou por ter sido o casamento julgado nullo; a mãe é obrigada a crear o filho de leite até tres annos; toda a mais despesa com alimentos é por conta do pae.¹¹

A obrigação que tem a mãe de crear o filho de leite até tres annos, cessa se ella não pode preenche-la sem comprometter a sua saude.¹²

3. Se o matrimonio se dissolve:

a) Por morte da mulher, ao marido cumpre fazer todas as despesas de criação e alimentos;¹³

⁶ B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 167, n. 2.

⁷ B. Carneiro cit.

⁸ B. Carneiro, cit. § 167, n. 1.

⁹ Mello, L. 2, T. 6, § 11 nota.

¹⁰ Ord. L. 4, T. 99 princip.; Mello L. 2, T. 6, § 12.

A cit. ord. diz simplesmente: "emquanto durar o matrimonio" sem fazer distincção alguma.

¹¹ Ord. L. 4, 99 princip. verb. E apartado o matrimonio.... Mello cit. §14.

¹² Ord. L. 1, T. 88, § 10; Valasc. Cons. 92, n. 2 e 3; Reper. tom. 3, pag. 447. Neste caso a despesa de criação é por conta do marido, ord. cit. princip.

¹³ Ord. L. 4, T. 99, § 2: Assento § 1, n. 4; B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 168, n. 36.

b) Se por falecimento do marido, a mulher é tão sómente obrigada a criar de leite o filho até tres annos; os alimentos porém correm por conta dos bens do proprio filho.¹⁴

4. Na falta do pae ¹⁵ e não tendo o filho bens, passa á mãe a obrigação subsidiaria de alimenta-lo.¹⁶

II.

1. Na falta da mãe a obrigação de prestar alimentos passa aos ascendentes paternos;¹⁷

2. Na falta destes aos ascendentes maternos;¹⁸

3. Na falta dos ascendentes aos descendentes, guardada a ordem da successão;¹⁹

4. Na falta dos descendentes aos irmãos, quer germanos quer unilateraes.²⁰

III.

Do que fica exposto resulta que os alimentos são subsidiariamente devidos na ordem seguinte:

1. Pelos paes;

2. Pelos ascendentes paternos;

¹⁴ Ord. L. 4, S. 99, § 3; L. I. T. 88, § 10; Mello, L. 2, T. 6, § 13.

¹⁵ *Na falta do pae* quer dizer: ou por ter fallecido, ou por não poder alimentar o filho por pobreza, ou por outra causa. B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 168, n. 24.

¹⁶ Ord. L. 4, T. 99, § 2: Assento de 9 de abril de 1772,. § 1. Por Direito Romano na falta do pae, passava a obrigação aos avós paternos, na falta destes á mãe. Neste ponto foi o Direito Romano alterado pelo Assento, cit. § 1, nas palavras.... "para obrigarem *aos paes e na falta delles aos outros ascendentes.*"

¹⁷ Assento § 1; B. Carneiro, cit. § 168, n. 46.

¹⁸ Assento § 1; B. Carneiro cit. A obrigação de alimentos recahe nos mais proximos ascendentes, uns na faltados outros. Cit. Ass.

¹⁹ Cit. Ass. § 4.

²⁰ Cit. Assento, § 6; Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 6, § 25, n. 9.

3. Pelos ascendentes maternos;

4. Pelos descendentes;

5. Pelos irmãos.

§ 134. *Direito de repetir alimentos.*

A mãe só é obrigada a prestar alimentos ao filho subsidiariamente, isto é, na falta do pai, e não tendo o filho bens.

Portanto se ella o alimenta fora daquelles casos, fica-lhe salvo o direito de repetir as despesas pelos bens do pai, ou do filho, segundo for a *hypothese*.²¹

Cessa, porém, o direito de repetir taes despesas, constando que ella as fizera com animo de doar,²² como *se não sendo tutora ou curadora do filho, ou administradora de seus bens*, prestou-lhe alimentos.²³

Todavia esta presumpção (deduzida de não ser tutora) illide-se:

1. Se a mãe é pobre, o filho rico, e as despesas grandes segundo a qualidade das pessoas e o valor do patrimonio;²⁴

2. Se ella protestou em tempo rehave-las.²⁵

Estas mesmas disposições tem sido applicadas aos outros parentes quando prestão alimentos fora dos casos em que são obrigados.²⁶

²¹ Ord. L. 4, T. 99, § 4; Fr. 34 D. de neg. gest. (3. 5); fr. 5, § 14, D. de agnoscend et alend. liber. (25. 3).

²² Fr. 5, § 14 D. de agnoscend et alend. lib.: *exigente materno affectu*. B. Carneiro L. 1, T. 19, § 163, n. 3.

²³ Ord. L. 4, T. 99, § 6. Tem, porém, o direito de repetir as despesas feitas com os bens do filho, seja ou não tutora ou curadora. Cit. ord. § 5.

²⁴ Cit. ord. § 6.

²⁵ Cit. ord. § 6.

²⁶ Repert. das ord. tom. 2, pag. 499.

Assim os avos e os irmãos, quando não são tutores ou curadores do parente a quem alimentarão, nem administradores de seus bens, não podem reaver as despesas feitas, salvo se protestarão repeti-las.²⁷

§ 135. Alimentos entre parentes ilegítimos.

Entre parentes ilegítimos são devidos alimentos dentro dos mesmos gratis e na mesma ordem, como se forão legítimos.²⁸

Todavia a obrigação que tem a mãe de criar os filhos ilegítimos de leite até tres annos, cessa:

1. Se ella for casada e o filho espurio;²⁹
2. Se for professa em religião approvada.³⁰

§ 136. *Quando são devidos os alimentos.*

Os alimentos só são devidos, concorrendo os dous seguintes requisitos:

1º Quando o alimentario não tem bens e ao mesmo tempo está impossibilitado de por seu trabalho ou industria prover a sua propria subsistencia;³¹

²⁷ B. Carneiro, cit. § 169, n. 7.

²⁸ Ord. L.1. T. 88, § 11; L. 4, T.99, § 1; Assento de 9 de abril de 1772, § 3; B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 168, n. 45.

²⁹ Ord. L. 1, 88, § 11.

³⁰ Cit. ord., § 11.

Aos ilegítimos devem-se alimentos tanto naturaes como civis. Mello, L. 2, T. 6, § 17 nota.

³¹ Assento de 9 de abril de 1772 pri. § 1, § 2, n. I.

Segundo a ord. L. 4, T. 98, § 7, as despesas que o pae faz com a educação do filho, não vem á collação. Desta disposição resulta que, embora o filho tenha bens proprios, todavia as despesas da educação são por conta do pae: o que vae de accordo com a disposição da ord. L. 4, T. 99, § 2. A disposição da supracitada ord. L. 4, T. 97 § 7 entender-se-ha derogada pela alludida disposição do Assento? Parece que não. A ord. refere-se as despesas de *educação* e o Assento á obrigação de prestar alimentos, segundo a distincção acima § 131, nota 1ª.

2º Quando a pessoa, á quem são pedidos os alimentos, pode fornece-los, sem ficar privada dos meios de que carece para sua sustentação.³²

Cumpre notar que qualquer que seja a causa da impossibilidade, ou provenha ella de caso fortuito ou de culpa do alimentario, como se dissipou os seus bens; os alimentos lhe são sempre devidos.³³

§ 137. *Taxa dos alimentos.*

A taxa dos alimentos deve ser fixada:

Segundo as necessidades e condição social do alimentario;³⁴

E segundo as posses do alimentante.³⁵

Estes dous elementos influem para elevar ou baixar a taxa dos alimentos, segundo varião entre se.

Assim que:

a) A taxa é fixada em quantia modica:

I. Se o alimentario é de condição humilde, embora o alimentante seja opulento;

³² Assento § 2. n. 1: "Nos casos em que os paes tem com que se alimentem, ou apenas tem o preciso e indispensavelmente necessario para a propria alimentação." *Deducto ne egeat*.

Na fixação deste requisito deve ter-se em vista o rendimento e não o valor de seus bens, o qual póde ser grande e pequeno o rendimento. Doctr. das Acç. nota 496.

Os alimentos são tirados dos renditos dos bens: assim o pae não pode ser obrigado a vender a propriedade de seus bens, como terras, apolices, para occorrer á alimentos. Decret. de 25 de setembro de 1754; B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 168. n. 15, nota b; Lob. á Mello. L. 2, T. 6, § 19, n. 3.

³³ Assento, § 1, n. IV. Cabed. P. I. D. 148; Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 6, § 12. ns. 6, 7, e 8.

³⁴ Ord. L. 1, T. 88, § 15; Lob. Obrig. Recip. § 31; B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 168, n. 10.

³⁵ Ord. L. 3, T. 9, § 4.... "quando o filho pedir ao, pae que lhe dê mantimento, *segundo a faculdade de seu patrimonio*." Lob. loc. cit.

II. Se o alimentante tem pouca fortuna.

b) A taxa é arbitrada com mais larguesa se o alimentario é de condição elevada e o alimentante tem posses suficientes.³⁶

§ 138. *Como se pagão os alimentos.*

Os alimentos são ordinariamente pagos em prestações de dinheiro, mensace, trimensaes ou semestraes.³⁷

Podem ser tambem, segundo as circumstancias, pagos em especies, como em fructos³⁸, ou por meio de adjudicação dos rendimentos de um predio.³⁹

Se a divida de alimentos é entre pae e filho familias, ao pae assiste o direito de, em vez de fazer a pensão em dinheiro, chamar o filho para sua casa, salvo tendo o filho *justa causa* para apartar-se da companhia paterna.⁴⁰

§ 139. *Da natureza da divida de alimentos e de sua transmissibilidade.*

I. A obrigação de prestar alimentos não é indivisivel nem solidaria.⁴¹

³⁶ Mourlon. Rep. Eciit. L. 1, T. 5, n. 749. Os alimentos, depois de arbitradas, podem ser augmentados ou diminuídos, segundo varião as necessidades do alimentario e as posses do alimentante. Lobão, Obrig. Recipr. § 38; Doctr. das Acç. nota 485. D'ahi vem o diser-se que a sentença de alimentos nunca passa em julgado. Lob. cit. § 38.

³⁷ Lobão, Obrig. Recipr. § 34.

³⁸ França à Mendes, Aresto 85, n. 11; Acções Sum. § 241, not.

³⁹ Guerreiro, Tract. 1, L. 2, cap. 12, n. 60.

⁴⁰ Assento de 9 de abril de 1772, § 2, n. IV. Explorati juris est patrem regulariter non teneri ad praestanda filiis alimenta extra domum. Lob. Not. á Mello. L. 2, T. 6, § 19, n. 14.

Da-se *causa justa* para os filhos apartarem-se da companhia paterna: si recedant ob novercas, vel ob inumicitias cum alio fratre, aut propter litem cum patre, vel ob culpam ejusdem patris, qui sit forte nimis soevus; meritrices aut collusores malé morigeratos in domo habeat, filiumve ipsum a domo vel mensa ejecerit. Arouca ao frag. 3 D. de his qui sunt sui, n. 3.

Entende-se ainda ser por *justa causa* se o filho aparta-se da casa paterna por motivo de serviço militar, ou para seguimento de estudos. Rocha, § 329.

⁴¹ Reputavão os antigos escriptores *solidaria* a obrigação de alimentos. Pothier, Mariage, P. V, cap. 1, n. 391; Moraes, Execution. L. 6, cap. 7, n. 60.

D'ahi resulta que, quando a obrigação de alimentos recae ao mesmo tempo em pessoas diferentes,⁴² cada uma dellas só pode ser demandada pela quota que lhe couber.

Neste caso a divida alimentaria é distribuída, não em partes arithmeticamente iguaes, mas em quotas proporcionadas aos haveres de cada um dos co'obrigados.⁴³

Cada quota constitue divida distincta.⁴⁴

II. A obrigação de alimentos, verificadas as condições de sua elegibilidade ainda em vida do devedor, entra na classe das dividas que onerão a herança e como tal é transmissivel aos herdeiros.⁴⁵

§ 140. *Favores á causa de alimentos.*

Os alimentos são destinados á remediar necessidades cuja satisfação não pode ser declinada nem adiada.

D'ahi provem o estatuir a lei certas providencias especiaes no intuito de garantir o direito á alimentos e de assegurar-lhe prompta execução.⁴⁶

Assim que:

Esta opinião, porém, é erronea. A *solidariedade* não se presume: só pode resultar ou do decreto da lei, ou de declaração expressa das partes, ou da natureza indivisivel da obrigação: (Mackeldey, Droit Romain, § 366; art. 1102 do Cod. Civil Franc.) Mas quanto à obrigação de alimentos, nem ha lei que lhe dê a natureza de solidaria nem é ella indivisivel. Portanto, como considera-la solidaria? Mourlon Rep, Ecrit. L. 1, T. 5, n. 751.

⁴² Verifica-se esta hypothese por exemplo quando o pae pede alimentos aos filhos, o irmão aos irmãos.

⁴³ Lob. Nota Mello, L. 2, T. 6, § 25, n. 5 in fine; Mourlon. cit. n. 751.

⁴⁴ Mourlon, cit. n. 751.

⁴⁵ Barbosa ad ord. L. 4, T. 99, § 1 n. 8; B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 168, n. 57; Repet. Ecrit. L. 1, T. 5, n. 752.

O Assento de 9 de abril de 1772 na parte (§ 8) em que estabeleceu um *direito real* sobre os bens do devedor em favor do credor de alimentos, acha-se hoje derogado pelo art. 6 da lei de 24 de setembro do 1864. Esta lei só considera onus real o legado de alimentos *expressamente consignado* no immovel: "o que é cousa muito distincta de alimentos devidos *jure sanguinis*."

Assim que os bens do devedor de alimentos *jure sanguinis* não se podem hoje reputar vinculados pelo laço de um *direito real* ao pagamento da divida alimentaria.

⁴⁶ Ord. L. 4, T. 78 § 3.

1. O direito á alimentos não pode ser validamente renunciado;⁴⁷

2. Não é permittido fazer transacção sobre alimentos futuros, salvo:

I. Se por ella fica evidentemente melhorada a condição do alimentario;

II. Se é feita com authoridade judicial, precedendo conhecimento de causa;⁴⁸

3. A divida de alimentos não admitte compensação, qualquer que seja a natureza da divida que se lhe oppoem;⁴⁹

4. Os alimentos recebidos não se restituem, ainda que o alimentario venha á decahir da acção;⁵⁰

O alimentario não é obrigado á dar fiança para receber os alimentos.⁵¹

§ 141. *Cessação da obrigação de prestar alimentos.*

A obrigação de prestar alimentos cessa:

I. Em geral:

1º Pela morte do alimentario;⁵²

⁴⁷ B. Carneiro, L. 1, T. 19 § 167, n. 9.

⁴⁸ Mello, L. 4, T. 2, § 12; B. Carneiro cit., n. 7.

Em relação á alimentos preteritos é permittida a transacção porque cessa a rasão da lei, a necessidade indeclinavel.

⁴⁹ Ord. L. 4, T. 78, § 3.

⁵⁰ Valasc. Cons. 1, n. 7; Mello, L. 2, T. 6, § 24, nota; B. Carneiro, cit. § 167, n. 16.

⁵¹ Pheb. P. II, arest 89; B, Carneiro, cit. § 167, n. 15; Pereira e Souza, Prim Linh. nota 886.

⁵² É de notar que os alimentos vencidos e não pagos em vida do alimentario, são devidos aos seus herdeiros. Mourlon, Repet. Ecrit. L. 1, T. 5, n. 752.

2º Se o alimentario adquire meios, ou torna-se apto para prover á sua subsistencia:⁵³

3º Se o alimentante não pode continuar á fornecer os alimentos por lhe ter sobrevindo impossibilidade, como perda de bens, ou molestia;⁵⁴

II. Em relação aos paes:

4º Se o filho commetteu alguma ingratição pela qual possa ser desherdado;⁵⁵

5º Se sem *justa causa* abandonou a casa paterna.⁵⁶

6º Se casou sem consentimento do pae, ou sem consentimento suprido pela justiça: quando é filho familias varão, maior ou menor⁵⁷, ou filha familias menor⁵⁸, ou filho legitimo menor⁵⁹, ou quando é illegitimo menor reconhecido ou legitimado.⁶⁰

III. Em relação aos mais ascendentes, aos descendentes e irmãos extingue-se a obrigação de alimentos, occorrendo alguma das causas pelas quaes cessa a dos paes, sendo applicavel ao caso.⁶¹

Resta ainda observar:

⁵³ Assento de 9 de abril de 1772, § 2, n. II.

⁵⁴ Assento. § 2, n. I.

O texto nos numeros 2 e 3 allude a hypothese de terem sido decretados os alimentos, vindo depois o alimentante á cahir em pobreza, ou o alimentario á poder se alimentar. Se ao tempo, em que se propõe a acção, se reconhece ou que o alimentante não tem meios ou que o alimentario pode prover á sua subsistencia, o caso é diverso: — então a obrigação não *existe* porque falta um dos seus elementos geradores.

⁵⁵ Assent. cit. § 2, n. III.

Quaes as causas de desherdação? Vej. Consolid. das Leis Civis, art. 1016.

⁵⁶ Assento, cit. § 2, n. IV.

⁵⁷ Assento, cit. § 2, a. V.e Lei de 6 de outubro de 1784.

⁵⁸ Assento, cit. § 2, n. V.

⁵⁹ Lei de 6 de outubro de 1784 § 4 e 6.

⁶⁰ Assento. § 3.

⁶¹ Assento. § 4 e 6.

1º Que á respeito dos irmãos legitimos cessa especialmente a obrigação de alimentos, se sem *justa causa* se apartarão da casa do irmão, ou se se casarão sem licença do pae commum.⁶²

2º Que em relação aos irmãos illegitimos cessa tambem a alludida obrigação, se casarão, depois da morte do pae, sem licença do irmão á quem os alimentos são pedidos.⁶³

§ 142. *Acção de alimentos.*

A acção de alimentos é ordinaria ou summaria, segundo se demandão alimentos *preteritos*⁶⁴ ou *futuros*.⁶⁵

O grau de parentesco em que o author funda a sua intenção pode ser estabelecido em juizo por qualquer dos meios de prova admittidos em direito.⁶⁶

Nesta acção não se exige uma prova do estado da pessoa tão rigorosa como nas acções de filiação e petição de herança.⁶⁷

§ 143. *Alimentos provisionaes.*

Proposta a acção, pôde o alimentario pedir provisoriamente alimentos para as despesas da causa e para sua sustentação no decurso do litigio.⁶⁸

⁶² Assento. § 6.

⁶³ Assento. § 7.

⁶⁴ Lobão, Acç. Sum. § 391; Doctr. das Acç., nota 495. É igualmente ordinaria a acção quando se pedem alimentos devidos por contracto ou por testamento. Lobão e Doctr. das Acç. cit.

⁶⁵ Doctr. das Acç, e Acc. Sum. loc. cit.

⁶⁶ Mello, L. 2. T. 6, § 22 not. Lobão, nota ao lugar cit. n. 4 e seguintes.

⁶⁷ Mello. L. 2, T. 6 § 23 nota; B. Carneiro, L. 1, T. 19, § 170, n. 5.

Donde resulta que a sentença que condemna ao pagamento de alimentos não faz prova para a acção de filiação e petição de herança. B. Carneiro, cit. §, 170, n. 6.

⁶⁸ Fr. 27, § 3, D. de inofficioris test. (5. 2.) Mello, L. 2, T. 6, § 24; Lobão, Acç. Sum. § 228 e seguintes; B. Carneiro, L. 1, 19, § 171.

Os alimentos provisionaes tem por fim habilitar o author com os meios de fazer valer o seu direito.

Estes alimentos, denominados *provisionais (alimenta in litem)* são taxados pelo juiz segundo a qualidade das pessoas, e o valor da causa principal.⁶⁹

Para sua decretação basta uma forte presunção do parentesco alegado.⁷⁰

Podem ser pedidos em qualquer estado da causa, ainda pendendo apelação.⁷¹

⁶⁹ Mendes, P. II, L. 1, cap. 4, n. 2.

⁷⁰ Mello cit., § 24; B. Carneiro, cit: § 171, n. 3; Acç. Sum. § 232 e 233.

⁷¹ Acç. Sum. § 229; B. Carneiro, cit. § 171, n. 4.

SECÇÃO QUINTA

DA TUTELLA E CURATELLA

CAPITULO PRIMEIRO

DA TUTELLA

§ 144. *O que é tutella?*

Tutella é o poder conferido á alguém, em virtude de lei, para proteger a pessoa e reger os bens dos menores que estão fora da acção do patrio poder.¹

Tutor é aquelle que é nomeado para exercer a tutella.

Em relação á pessoa do menor consiste o poder do tutor no direito de promover-lhe a educação, e de representa-lo ² e assisti-lo nos actos da vida civil.³

Pelo que respeita aos bens, o tutor não é senão um simples administrador, com faculdades restrictas.⁴

¹ Segundo o Direito Romano, aos orfãos *impuberes* dava-se tutor; aos *puberes* curador.

A nossa legislação (ord. L. 4, T. 102 e T. 104 § 6) consagra esta distincção, que, no emtanto, tem sido abandonada pelos codigos modernos.

O que é verdade, é que não ha differença real entre tutor e curador de menores. A propria ordenação (L. 4, T. 102 e 104, § 6) os identifica, estabelecendo para uns e outros as mesmas disposições legislativas.

De nossa parte, adoptando a terminologia dos codigos modernos e seguindo a linguagem de alguns de nossos escriptores (13. Carneiro, L. 1, T. 26. § 223, n. 2), tractamos neste capitulo da materia da tutella dos impuberes e da curatella dos puberes conjunctamente, sob a denominação commum de *Tutella*. (Lobão, Not. á. Mello, L. 2, T. 11, § 3, T. 12, § 1. Vej. Pothier, Tract. des person. P. I, T. 6, art. 4.)

² Se o orfão é impubere (homem, menor de quatorzeannos, mulher, de doze) o tutor o *representa*, praticando sem necessidade de intervenção delle os actos que lhe dizem respeito. (Mello, L. 2, T. 13, § 5). Os romanos denominavão esta funcção *negotia pupilli gerere*. Mas é de notar que, segundo o Direito Romano o tutor só representava o órfão quando elle era menor de sete annos (*infans*).

³ Se o orfão é pubere, obra em seu proprio nome, tão sómente com assistencia do tutor. Consiste a funcção do tutor, não em representa-lo, mas em assisti-lo com a sua intervenção (authoridade) para completar-lhe o consentimento: é o que em Direito Romano se chamava — *authoritatis interpositio*.

O governo da pessoa e bens dos menores pertence de direito aos paes. Na falta dos paes, é este dever devolvido ao Estado, o qual o desempenha pelo intermedio dos tutores.⁵

A tutella, portanto, ou seja deferida em virtude de clausula testamentaria ou por authoridade do juiz, é sempre uma delegação do estado.⁶

D'ahi-lhe provem a denominação de cargo publico, (munus publicum).⁷

§ 145. *Pessoas sujeitas á tutella.*

Incidem sob a tutella todos os menores que não tem pae, e os que estão fóra da *acção* do patrio-poder, á saber:

1. Os menores, filhos legitimos, orphãos de pae⁸;
2. Os filhos familias menores, emancipados do patrio poder⁹;
3. Os filhos familias menores, cujos paes se achão impossibilitados de exercer o patrio poder, ou por incapacidade moral, ou por estarem ausentes em lugar remoto e não sabido¹⁰;

⁴ "Pupillorum pupillarumque tutores et *negotia gerunt*." Ulpiano, frag. T. XI, § 25.

⁵ A tutella é uma reunião de certas attribuições do patrio poder, cuja falta é destinada a suprir; constitue, todavia, uma entidade distincta, que pode coexistir com o patrio poder, como acontece quando se dá tutor ao filho familias menor por estar o o pae demente. Nesta hypothese o pae conserva o patrio poder, se bem que suspenso, e em virtude delle continua a ter o usufructo dos bens adventicios do menor, no emtanto que o filho permanece sob a tutella de outro.

⁶ Nos monumentos mais antigos da nossa legislação a tutella já é conhecida como uma delegação do Estado. Vej. a ord. Aff. L. 4, T. 88, § 2: "Nós pelo estado que Deus nos deu temos da guarda desses orfãos grande encargo, porque uma das cousas que encommendadas sam ao Rey na sua terra assi é manter e guardar e defender esses orfãos." Mello L. 2, T. 11, § 15.

⁷ Fr. 1, § 3 e 4, D. de munerib. et honorib. (50. 4); fr. 18, § 1. Dig. eodem. Makeldey, Droit Romain, § 601.

⁸ Ord. L. 4, T. 102.

⁹ B. Carneiro, L. 1, T. 26, § 223, n. 9.

¹⁰ Ord. L. 1, T. 88, § 6 in fine; Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 11, § 4; B. Carneiro, cit. § 223, n. 7 e 8.

4. Todos os menores illegitimos, quer naturaes, quer espurios, embora reconhecidos ou legitimados.¹¹

É de notar que fica sob a tutela do pae o filho familias menor que é por elle voluntariamente demittido do patrio poder.¹²

§ 146. *Diversas especies de tutela.*

A tutela é ou testamentaria ou legitima ou dativa.

I

Tutella testamentaria é a que tem por base uma disposição testamentaria ou codicillar.¹³

Podem dar tutor em testamento:

O pae ao filho menor que tem sob seu poder;¹⁴

O avo paterno ao neto legitimo, sendo já fallecido o pae do menor.¹⁵

A nomeação de tutor em qualquer destes dous casos não carece de confirmação do juiz.¹⁶

Nestes casos suspende-se o patrio poder; todavia o pae conserva certos effeitos, como o de usufruir os bens do filho. Lob. loc. cit.

¹¹ "Aviso n. 312 de 20 de outubro de 1859: Manda declarar que negando as nossas leis expressamente o patrio poder ás mães, o filho de pae incognito acha-se comprehendido na jurisdicção orphanologica." Cfr. B. Carneiro, cit. § 223, n. 11.

¹² J. de legitim. parent. tutela (1.18). B. Carneiro, cit. § 223, n. 9. Veja-se § acima.

Os expostos, emquanto menores de sete annos, conservão-se sob a guarda e direcção das mesas administrativas das casas, onde são recolhidos. Em passando daquella idade, ficão ao cuidado do juiz de orfãos do termo, o qual deve a respeito delles proceder na conformidade do seu regimento.

Al. de 31 de janeiro de 1775. § 14. Port. de 19 de janeiro de 1835. Veja-se P. de Carvalho, Linh. orp. addicção 74, oitava edição.

¹³ Ord.L. 4,T. 102, § 1. Não vale a nomeação, sendo nullo o testamento. Neste caso a nomeação só pode prevalecer, sendo confirmada pelo juiz. Lobão, Notas á Mello, L. 2, T. 11. § 6, n. 4; B. Carneiro, L. 1. T. 28, § 251, n. 11.

¹⁴ Ord. cit. § 1.

¹⁵ Ord. cit. § 1. Lob. Not. á Mello, cit. T. 11, § 6, n. 5. Linh. orph. nota 213.

¹⁶ Ord. cit. § 1.

Podem dar tutor em testamento, ficando porém, a nomeação dependente de confirmação judicial:

O pae ao filio natural;¹⁷

A mãe aos filhos, quer legitimos, quer naturaes.¹⁸

O testador ao menor estranho á quem institue herdeiro.¹⁹

II

Tutella legitima é a que é deferida aos parentes, segundo a ordem estabelecida na lei.²⁰

A tutela é um onus, e pois é de justiça que sejam de preferencia chamados á servi-la os parentes que succederião ao orphão se por ventura fallecesse intestado.²¹

Na dação desta tutela devem observar-se os principios seguintes:

1. Na falta de tutor testamentario ²² será em primeiro lugar encarregada da tutela a mãe ou a avó:

a) Se ellas o quizerem;

b) Se viverem honestamente;

c) Se ainda não tiverem passado á segundas nupcias.²³

¹⁷ Ord. cit. § 2.

¹⁸ Ord. cit. § 2. Linh. orph. nota 213.

¹⁹ Mello. L. 2, T. 11. § 7, Lob. Not. loc. cit.

Entre nós é desconhecida a tutela pacticia.

²⁰ Ord. cit. § 3 e 5.

²¹ Ord. cit. § 5, Novella 118, cap. 5: Sancimus enim unum quem que *secundum gradum et ordinem, quo ad hereditatem vocatur*, aut solum, aut cum aliis, etiam functionem tutelae suscipere.

²² Ord. cit. § 5. A tutela legitima é subsidiaria da testamentaria.

²³ Ord. cit. § 3, A avó só pode servir a tutela na falta ou impossibilidade da mãe.

A avó, porém, só pode tomar a tutela, não existindo avô paterno ou materno.²⁴

2. Na falta da mãe e dos avós, deve a tutela ser deferida ao parente do orfão mais próximo em grau, residente no lugar onde estão os bens.²⁵

3. Se o orfão tiver mais de um parente no mesmo grau de proximidade, a tutela será dada ao que for mais idôneo e habilitado.²⁶

4. Em todo o caso, porém, será a tutela sempre dada ao parente mais idôneo e abonado, embora não seja o mais próximo em grau.²⁷

O parente mais próximo que se escusa da tutela perde por esse facto o direito de suceder ao menor, se este falecer na pupilaridade²⁸: salvo procedendo a escusa de impossibilidade de servir a tutela, como de enfermidade ou de proibição de lei.²⁹

Entra na definição de tutela legítima a que o pai exerce sobre o filho que voluntariamente demitiu do pátrio poder.³⁰

III.

Na ausência de parente do orfão com as habilitações legais para servir a tutela, pode o juiz nomear tutor a qualquer pessoa estranha.³¹

²⁴ Lob. Acç. Sum. § 369 nota; B. Carneiro, L. 1, T. 28, § 249, n. 22 e 23. Assim tem sido entendida pelos intérpretes a lei romana que é fonte da ord. citada, § 3. *Mulieribus enini etiam nos interdiciamus tutelae officium, nisi mater aut avia fuerint.* Novell. 118, C. 5.

²⁵ Ord. cit. § 5: "verb. o parente mais chegado que tiver no lugar.... será constrangido..."

²⁶ Ord. cit. § 5: E se tiver muitos parentes em igual grau...

²⁷ Ord. id. ctt. § 5: E enquanto o juiz achar parente do orfão abonado para ser tutor, não constrangerá o que não for abonado, ainda que seja parente mais chegado em grau, etc.

²⁸ Ord. cit. § 6.

²⁹ Ord. L. 104, § 5. B. Carneiro cit., § 249, n. 33. A pena da lei é aplicável, embora a escusa seja justa, uma vez que não provem de impossibilidade.

³⁰ B. Carneiro cit. T. 26, § 223, n. 9.

³¹ Ord. L. 4, T. 102, § 7.

Esta é a especie de tutela que recebe em direito a qualificação de *dativa*.

A nomeação de tutor dativo é da livre escolha de juiz, todavia deve recahir em pessoa idonea, e residente no domicilio do menor.³²

§ 147. *Da confirmação e nomeação dos tutores.*

Compete ao juiz de orphãos do domicilio do menor a nomeação do tutor e a confirmação nos casos em que ella é necessaria.³³

I. A confirmação consiste na approvação da nomeação em testamento; é dada por simples despacho; completa o acto, tornando-o pefeito e acabado.³⁴

Ainda nos casos em que a nomeação testamentaria não carece de confirmação, ha necessidade da intervenção da autoridade do juiz, não para aperfeiçoar o acto que é de si mesmo perfeito, mas para julgar da legalidade da nomeação e da capacidade do nomeado.³⁵

II. O juiz de orphãos é obrigado a dar tutores aos menores, dentro do praso de um mez á contar do dia do fallecimento de seus paes,

³² Ord. cit. § 7.

Tanto o tutor legitimo como o dativo devem residir no domicilio do menor. Ord. cit., T. 102. § 5 e 7.

Se o menor possui alguns bens fora do termo de sua residencia, o juiz deverá requisitar ao juiz do lugar onde estão taes bens, para dar curador abonado a esses bens, seguindo-se as diligencias recommendadas no § 8 da cit. ord. do L. 4, T. 102.

³³ Ord. L. 4, T. 102 prin. Lei de 22 de setembro de 1828, art 2, § 4; Reg. de 15 de março de 1842, art. 5, § 4.

³⁴ Lob. Not á Mello. L. 2, T. 11, § 7, n. 2; B. Carneiro, L. 1, T. 28, § 251, n. 2. Não ha necessidade de inquirições e sentença; basta que o juiz se informe pelos meios á seu alcance da idoneidade do nomeado.

³⁵ Ord. L. 4, T. 102. § 1: "se informará se era pessoa que podia fazer testamento... E saberá outro si se deixou por tutor ou curador pessoa que por direito o pode ser..."

"Et hoc sensu, omnes tutores confirmatione indigent et inquisitione." Mello, L. 2, T. II, § 7 nota.

nomeando-os de sua autoridade, confirmando ou reconhecendo os que houverem sido nomeados em testamento.³⁶

Não cumprindo o juiz de orfãos este dever, o juiz de direito em correição dará os ditos tutores.³⁷

§ 148. *Da incapacidade para tutor.*

São *incapazes* de servir a tutela; todas as pessoas que por causas diversas não estão nas condições de exercer-la segundo os intuitos da lei.³⁸

Reputão-se capazes de exercer a tutela todos os que não são declarados incapazes pela lei.³⁹

São declarados incapazes:

1. Os estrangeiros ⁴⁰;
2. Os menores de vinte um annos, ainda que tenham suplemento de idade ⁴¹;
3. As mulheres, excepto a mãe e a avó ⁴²;

³⁶ Ord. L. 4, T. 102 prin. e § 1. "E para saber como ha de dar os ditos tutores e curadores, primeiramente se informará..."

³⁷ Ord. L. 1, T. 62, § 28 e 33. Decreto n. 843 de 2 da outubro de 1851, art. 32, § 3:

Os juizes de paz são obrigados á dar informação ao juiz de orfãos dos menores, a quem falleceu o pae. Lei de 15 de outubro de 1827, art. 5, § 11.

Os subdelegados devem apresentar ao juiz de direito em correição a lista annual das pessoas que fallecerão deixando orfãos. Cit. Decreto de 2 de outubro de 1851, art, 33.

³⁸ Não se deve confundir a *incapacidade* para tutor com a *escusa*. A incapacidade importa prohibição absoluta para exercer a tutela. Os antigos escriptores a denominavão escusa necessaria (*excusatio necessaria*.) A *escusa* é a dispensa concedida por justa causa ao que poderá ser tutor, se quizesse *excusatio voluntaria*.

³⁹ A materia das incapacidades para tutor é regulada pela ord. L. 4, T. 102, § 1, e pelo Direito Romano: "se deixou por tutor ou curador pessoa que por direito o pode ser."

⁴⁰ Aviso de 8 de junho de 1837. Se o menor é estrangeiro, pode lhe ser dado por tutor pessoa de sua nacionalidade, cit. Aviso: P. Bueno, *Direit. Inter. Privado*, n. 85. As convenções consulares nada innovarão relativamente á dação de tutores á menores estrangeiros.

⁴¹ Ord. L. 4, T. 102, § 1; T. 104, § 3 in fine e Res. de 31 de out. de 1831.

A mãe que ficou viuva antes de ter vinte um annos, pode ser tutorado filho. Emancipada pelo casamento, ella é reputada maior para os effeitos que não são exceptuados na lei. Cod. Civ. Fr. art. 442.

4. Os loucos de todo o genero⁴³;
5. Os prodigos, declarados taes por sentença⁴⁴;
6. Os que tem impedimento perpetuo⁴⁵; como os cegos⁴⁶, os mudos e os surdos⁴⁷, os doentes de enfermidade grave e incuravel⁴⁸;
7. Os religiosos⁴⁹;
8. Os doutores em Direito, Canones ou Medecina⁵⁰;
9. Os militares em serviço⁵¹;
10. Os inimigos do orphão ou de seu pae⁵²;
11. Aquelle que no momento em que lhe é deferida a tutella, se acha constituido em obrigação para com o orphão, ou tem direitos á fazer valer contra elle.⁵³;
12. Aquelle que o pae ou a mãe exclue expressamente da tutella⁵⁴;
13. E finalmente os pobres ao tempo em que lhes é deferida a tutella⁵⁵.

⁴² Ord. L. 4. T. 102, § 3 in fine.

⁴³ Ord. cit. § 1. Nesta classe se comprehendem todos os que não estiverem na inteiresa das faculdades mentaes.

⁴⁴ Ord. cit. § 1, J. § 3 de curationibns (1. 23); B. Carneiro, L. 1, T. 28, § 246, n. 9.

⁴⁵ Ord. cit. § 1.

⁴⁶ B. Carneiro, cit. § 246. n. 10; Linh. orph. nota 238.

⁴⁷ Fr. 1, § 2 e 3, D. de tutelis (26.1): B. Carneiro, et. § 246, n. 8. Basta que seja surdo ou mudo.

⁴⁸ J. § 4 de curat. (1. 23): qui perpetuo morbo laborant.

⁴⁹ Ord. L. 4, T. 102, § 1.

⁵⁰ Ord. L. 4, T. 104, § 5. É hoje disposição obsoleta.

⁵¹ J. § 14 de excusat. tut et curat. (1. 25); B. Carneiro, cit. § 246, n. 20, 21 e 22.

⁵² Ord. L. 4, T. 102, § 1; J. § 11 de excusation. tutor, et curator. (1. 25).

⁵³ Novella 72, C. 1, 2, 3; B. Carneiro cit. § 246, n. 26 e 27.

⁵⁴ Fr. 21, § 2 D. de tutorib. Et curat. (26. 5).

⁵⁵ Ord. L. 4, T. 102, § 1; fr. 7 D. de excusationibus (27.1) Rep. tom. 4, pag. 139. O pobre não pode ser tutor; o tutor, porém, que cahe em pobreza, pode ser conservado na tutella se for de probidade. Repert. loc cit.

§ 149. *Das excusas dos tutores.*

A nomeação para tutor não pode ser recusada, á não ocorrer em favor do nomeado alguma das excusas legais.⁵⁶

São motivos de excusa: a enfermidade, a idade, o exercicio de certos empregos publicos e o ter á cargo certo numero de filhos ou netos.

Em virtude desses motivos, podem, querendo, excusar-se da tutela, ou seja testamentaria, ou legitima, ou dativa:⁵⁷

1. Os magistrados.⁵⁸

2. Os escrivães, procuradores, contadores, carcereiros, porteiros e mais officiaes de justiça.⁵⁹

3. Os empregados das repartições de fazenda.⁶⁰

4. Os vereadores das camaras municipaes salvo se ja erão tutores ao tempo de sua eleição;⁶¹

5. Os maiores de setenta annos.⁶²

6. Os impossibilitados por enfermidade temporaria, em quanto ella durar.⁶³

“Et ad hunc effectum ille dicitur pauper qui tota sua industria ac tempore indiget ad se ipsum competente sustentandum.”

⁵⁶ Ord. L. 4, T. 102, § 5: será *constrangido* que seja tutor ou curador... L. 4, T. 104 pr. Aquelle que sem justa causa recusa a tutela, incorre na pena de desobediencia. Cod. crim. art. 149. A mãe e a avó não podem ser constrangidas á aceitar a tutela. Ord. L. 4, T. 102, § 3.

⁵⁷ A ord. L. 4, T. 104 pr. falla em excusas fundadas em *privilegio*. As ditas excusas, porém, não prevalecem hoje, visto como forão abolidos pela constituição os privilegios pessoases. (Const. art. 179, § 16).

Não tem hoje nenhuma applicação as diversas especies de excusas, de que faz menção Pereira de Carvalho, Lina. orph. nota 259.

⁵⁸ Ord. L. 4, T. 104, § 1. Na palavra magistrado compreendem-se os membros ds Supremo Tribunal, desembargadores, juizes de direito e municipaes.

⁵⁹ Ord. id. cit. § 1.

⁶⁰ Ord. cit. § 2.

⁶¹ Ord. cit. § 1.

⁶² Ord. cit. § 3.

7. Os que tiverem cinco filhos legítimos sob seu poder ou cinco netos sob sua administração, contando-se neste número os que tiverem morrido em serviço de guerra, ou marchando para ella, sob a bandeira do Imperio.⁶⁴

Estas escusas, salvo a do n. 4, quando acontecem depois de aceita a tutela, dão direito ao tutor para obter dispensa.⁶⁵

A escusa que existe ao tempo da nomeação deve ser allegada dentro do prazo de dez dias, a contar da intimação ao nomeado.⁶⁶ Não sendo allegada no dito prazo, entende-se renunciada e pois não pode mais ser invocada.⁶⁷

§ 150. *Formalidades que precedem a entrada no exercício da tutela.*

O tutor, desde que é informado de que lhe é deferida a tutela, deve logo entrar em exercício, salvo se pretende allegar escusa legal.

Se deixa de cumprir este dever, torna-se responsável pelas perdas e danos resultantes.⁶⁸

Mas não pode, em regra, entrar em exercício, antes de preenchidas certas formalidades, estabelecidas para segurança dos direitos do orphão.⁶⁹

⁶³ Ord. cit. § 4.

⁶⁴ Ord. cit. princip.

⁶⁵ Ord. cit. § 1. A excepção relativa aos vereadores confirma a regra: — *excusant á suscipienda et á suscepta tutela*.

⁶⁶ Lob. Acç. Sum. § 383 nota.

⁶⁷ Mourlon, Repet. Ecrit. L. 1, T. 10, n. 1139.

À estes casos de escusas acrescentão os escriptores outros tirados do D. R., como a administração de tres tutellas (J. prin. 1.25), a ausencia por motivo de serviço publico (J. cit., § 2), o exercício do cargo de professor publico de sciencias e artes liberaes. Estas ampliações podem ser recebidas porque em nada contrarião o espirito e a mente da ord.

⁶⁸ Fr. 1 § 1. D. de admnistr. et pericul. tutor. (26. 7); B. Carneiro, L. 1, T. 28, § 251, n. 8 e 9.

⁶⁹ B. Carneiro cit. § 231, n. 2 e 3.

Estas formalidades variSo segundo a especie de tutela e são em summa as seguintes:

I. Todo o tutor, ou seja testamentario, ou legitimo ou dativo, é obrigado á prestar juramento de bem e fielmente servir a tutela ⁷⁰ e á receber os bens do menor, avaliados e por inventario feito pelo escrivão de orphãos.⁷¹

II. O tutor legitimo e o dativo são, demais, obrigados á prestar fiança idonea para segurança dos bens do orphão, excepto se elles tem bens de raiz na comarca, livres e desembargados, equivalentes á fortuna e renda do tutelado.⁷²

Todavia, o tutor legitimo, sendo homem probo e jurando que não acha fiador, pode ser exonerado de dar fiança.⁷³

III. A mãe, se aceita a tutela, deve obrigar-se por termo no inventario, assignado por ella e pelo juiz com tres testemunhas, a administrar fielmente a pessoa e bens do menor e á pedir, antes de passar á segundas nupcias, a nomeação de outro tutor.⁷⁴

Neste mesmo termo deve renunciar o privilegio veleiano e quaesquer outros introduzidos em favor das mulheres.⁷⁵

⁷⁰ Ord. L. 4, T. 102, § 5; R. Carneiro, cit. § 253, n. 1; Consolid. das leis civis, art. 251 nota 3.

⁷¹ Ord. oit. T. 102, princip.; Mello, L. 2, T. 11, § 7 nota.

O inventario tem por fim acautellar extravios dos bens, preparar os elementos das contas que tem de dar o tutor e fazer conhecer o valor total dos bens do menor para poder o juiz arbitrar-lhe os alimentos.

⁷² Ord. L. 4, T. 102, § 5; Alv. de 7 de dezembro de 1689: "Á qualquer dos parentes desses menores e aos *estranhos* por termo nos autos com fiador abonado, se tal tutor o não for por seus bens de raiz que possua em que os do orfão rasoadamente possam ter segurança."

⁷³ Ord. L. 4, T. 102, § 5, verb.: ... e não sendo abonado se jurar aos santos evangelhos...

⁷⁴ Ord. cit. § 3.

⁷⁵ Ord. cit. § 3. Na Corte é diversa a pratica. Veja-se a Consolid. das leis civis, nota 3 ao artigo 248.

Se ella não tem bens de raiz suficientes para segurança dos direitos do filho, é obrigada á prestar fiança, a qual se toma por termo nos autos do inventario.⁷⁶

Estas disposições tem inteira applicação quando é a avó que é chamada á exercer a tutela.⁷⁷

IV. Os immoveis do tutor, ou seja testamentario, ou legitimo ou dativo, ficão legalmente hypothecados ao orphão ⁷⁸. Todavia esta hypotheca não exime o tutor de dar fiança, salvo se os immoveis são equivalentes aos haveres do menor.⁷⁹

§ 151. *Direitos e obrigações dos tutores.*

A. Quanto d educação:

Um dos mais importantes deveres do tutor é cuidar do sustento e educação do orphão, sob a vigilancia do juiz.⁸⁰

As quantias para este mister, se não forão taxadas pelo pae em testamento, devem ser arbitradas pelo juiz⁸¹, guardadas as regras acerca da taxação de alimentos (§ 137.)

⁷⁶ Ord. cit. § 3. Veja-se Consolid. das leis civis, nota 1 ao art. 249.

⁷⁷ Ord. e tit. cit. § 3.

⁷⁸ Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 2. Esta hypotheca vale contra terceiros, mesmo não sendo especializada nem inscripta. Lei citada art. 9.

⁷⁹ Ord. L. 4, T. 102, § 5 e Alv. de 7 de dezembro de 1689.

Segundo as citadas disposições é exonerado de prestar fiança o tutor que tem no lugar bens de raiz sufiicientes. Pela nova lei de 24 de setembro de 1864 estes bens ficão hypothecados ao menor; mas se elles não são bastantes para garantir os direitos do orfão, é claro que prevalecem as alludidas disposições da ord. e alv., isto é, deve o tutor prestar fiança.

Se os immoveis do tutor são situados fóra da comarca? Pela antiga legislação (Alv. de 24 de julho de 1713, lei de 22 de setemb. de 1828, art. 2, § 4, e Regul. de 15 de março de 1842, art. 5, § 9) era mister licença do juiz de orfãos para que neste caso podesse o tutor hypothecar os bens, ficando dest'arte suprida a necessidade da fiança.

Mas, á vista da disposição da citada lei de 24 de setemb. de 1864 a hypotheca, onde quer que sejam sitos os bens, gera-se por força de lei.

Portanto cessa a necessidade da licença para a hypotheca convencional dos immoveis fora da comarca, visto como ella é suprida pela legal; mas ao juiz fica o direito de julgar suficiente tal hypotheca, podendo exigir ou não a fiança.

⁸⁰ Ord. L. 1, T. 88, § 10, 11, 15 e 16. Decreto de 2 de out. de 1851, art. 32, § 8. B. Carneiro, L. 1, T. 27, § 233, n. 1.

A criação do orphão deve se fazer em companhia da mãe, e na falta della, na dos ascendentes ou collateraes e até na de estranhos, como for determinado pelo juiz.⁸²

Pode o menor ser removido da companhia da propria mãe, havendo fundada suspeitado máu tratamento ou de perigo para sua moralidade.⁸³

Na educação comprehende-se a instrucção primaria e o ensino ou de officios, ou de sciencias e artes liberaes, segundo a condição do menor e o genero de vida á que tem de dedicar-se.⁸⁴

Se o orphão é da classe dos mechanicos e não possui bens, é dever do juiz da-lo á soldada, logo que passe de sete annos de idade.⁸⁵

§ 152. *B. Quanto a representação e assistencia dos orphãos.*

Compete ao tutor suprir a incapacidade do menor nos actos da vida civil, judiciais ou extrajudiciais.

Emquanto o orphão é impuberere ⁸⁶, pois lhe fallece luz de razão e vontade para obrar; o tutor o *representa* nos actos que lhe dizem respeito sem necessidade da intervenção delle.⁸⁷

⁸¹ Ord. cit. T. 88, § 15. O juiz arbitra com os partidores a despesa necessaria, podendo deixar em mão do tutor quantia para a despesa do anno, ord. cit. § 38.

⁸² Ord. cit. T. 88, § 10,11. B. Carneiro, cit. § 233, n. 3.

⁸³ Const. 1. C. Ubi pupilli educ. debeant. (5. 49) B. Carneiro, cit. § 233, n. 5.

O facto de passar a mãe á segundas nupcias, por si só, não é sufficiente para fundamentar a remoção do menor.

⁸⁴ Ord. cit. § 15: "E mandará ensinar a ler e escrever. E dahi em diante lhes ordenará sua vida e ensino, segundo a qualidade de suas pessoas e bens." Decret. de 2 de out. de 1851, art. 32, § 8. Vej. Linh. orph. nota 222.

⁸⁵ Ord. L. 1, T. 88, § 13,14,16.

As disposições de direito que regulão a materia das soldadas de orfãos, constão da citada ord., § 13, 14, 16, 17, 18.

⁸⁶ Menor de quatorze annos, sendo homem; de doze, sendo mulher.

⁸⁷ Ord. L. 3, T. 41, § 8. Mello, L. 2, T. 13, § 5 e 6. A cit. ord. é expressa relativamente aos actos judiciais. Della se induz a doutrina expressa no texto. "Argumentum de judicio...;"

Segundo o D. R. a intervenção do orfão tornava-se necessaria desde que elle passava de sete annos.

Em chegando á puberdade, deve o proprio menor figurar nos actos em que é parte, completando-lhe o tutor o consentimento com a sua *authorisação*.⁸⁸

A *authorisação* do tutor é necessaria para todos os actos que gerão ou extinguem direitos ou obrigações.⁸⁹

A falta de *authorisação* acarreta a nullidade do acto; mas esta nullidade só pode ser invocada pelo menor em cujo beneficio tão sómente foi introduzida.⁹⁰

Assim que: sem embargo de não ter havido *authorisação*, prevalece o acto, se traz vantagem ao menor.

A *authorisação* pode ser dada, antes, depois ou no momento em que se consuma o acto, e por palavra ou por escripto, segundo for o negocio.⁹¹

Para fazer testamento não tem o pubere necessidade de *authorisação* do tutor⁹². Independentemente della pode validamente casar-se, ficando sómente sujeito ás penas da lei.⁹³

"*Representar* uma pessoa incapaz nos actos da vida civil, é fazer o papel dessa pessoa nos actos que devem produzir um effeito de direito pró ou contra ella; é fallar, obrar, vender, comprar, tomar emprestado, litigar... por ella ou em nome della, de modo que, por uma ficção de direito, os actos praticados pelo representante reputão-se feitos pelo incapaz e são tão efficazes como se elle os praticara em estado de capacidade." Mourlon Rep. Ecri. L. 1, T. 10, n. 1165.

⁸⁸ Ord. L. 3, T. 41, § 8. Mello, L. 2, T. 13, § 5 e 6.

"*Authoritatem* interponere" é a frase do Direito Romano.

⁸⁹ J. pr. de auth. tutor. (1. 21); fr. 9 D. de authorit. et consens. tutor, et curat. (26.8). B. Carneiro, L. 1, T. 26, § 224, n. 17.

Não basta ordinariamente o consentimento do tutor para legalisar o acto; nos negocios de importancia é mister licença do juiz. (Vej. abaixo § 153).

⁹⁰ J. pr. (1. 21); fr. 13, § 29. D. de action. empt. et vendit. (19. 1); B. Carneiro cit. § 224, n. 6 e 7.

Os actos praticados sem *authorisação* do tutor, por isso que só o menor podia annulla-los, denominavão-se em D. R. *negotia claudicantia*.

⁹¹ Mello, L. 2, T. 11, § 15; B. Carneiro, L. 1, T. 26, § 223, n. 16. *Aliter* o Direito Romano.

⁹² Ord. L. 4, T. 81, princip.; B. Carneiro, § 226, n. 87.

⁹³ B. Carneiro, cit. § 226, n. 41.

§ 153. *Quanto aos bens.*

O tutor é pela natureza de seu cargo um verdadeiro *administrador* dos bens do orfão.

Como tal, lhe cumpre: conserva-los, melhora-los e aproveitá-los da maneira a mais útil⁹⁴, com o mesmo zelo e diligencia com que cuida dos proprios bens⁹⁵.

São no entanto mui restrictos os poderes do tutor: em regra sem amthorisação do juiz não pode praticar actos que tenham por effeito transferir direitos, crear ou extinguir obrigações.

Compete-lhe, mas com dependencia de authorisação do juiz:

1. Promover o arrendamento dos bens de raiz do orfão, em praça e a quem mais der.⁹⁶

Se por não ter apparecido lanço razoavel se não effectuar o arrendamento de taes bens, o proprio tutor é obrigado á faze-los aproveitar sob sua administração.⁹⁷

2. Requerer a venda, em praça, dos moveis e semoventes cuja conservação for prejudicial⁹⁸, e a dos immoveis nos casos em que ella é permittida.

Os bens immoveis dos orfãos não podem ser vendidos senão por necessidade indeclinavel, como para pagamento de divida que é

⁹⁴ Ord. L. 1, T. 88, § 22 e seg.; T. 4, T. 102 princip.; fr. 1 pr. D. de adm. et pericul. tutor. (26. 7); Mello, L. 2, T. 12, § 15.

⁹⁵ Ord. L. 4, T. 41, § 9: "Para poder haver emenda e satisfação do damno que recebeu por culpa ou negligencia de seu tutor ou curador." Fr. 1 prin. D. de tutelis et rationibus distrah. (27. 3). Repert. das ordd. tom. 3, pag, 517 nota (c); Mello, cit. § 15.

⁹⁶ Ord. L. 1, T. 88, § 23.

⁹⁷ Ord. cit. § 23.

⁹⁸ Ord. cit., § 25. A lei falla evidentemente dos moveis *corporeos*. Os moveis *incorporeos*, taes como creditos, acções nas empresas industriaes ou commerciaes, não pão improductivos, nem susceptiveis de deterioração: Cfr. Mourlon, L. 1, T. 10, n. 1172.

impossível solver de outro modo⁹⁹: devem de ser vendidos os que forem menos proveitosos ao orfão, em praça, com authorisação do juiz e audiência do tutor.¹⁰⁰

3. Fazer as despesas necessarias com a conservação e melhoramento dos bens.¹⁰¹

4. Receber as quantias devidas ao orfão e pagar as que elle estiver a dever.¹⁰²

5. Aceitar herança á beneficio de inventario.¹⁰³

6. Propor em juizo as acções e promover todas as diligencias, que forem á bem do menor e defende-lo em todas os acções contra elle intentadas.¹⁰⁴

É permittido ao tutor independentemente de authorisação judicial:

a) Alienar os objectos que são destinados á venda, como o producto das colheitas.¹⁰⁵

⁹⁹ Ord. cit., § 26. Ha casos em que a alienação é forçada, como na hypothese de desapropriação por utilidade publica, e na da ord. L. 4., T. 37, § 7.

¹⁰⁰ Ord. cit., § 26; B. Carneiro, L. 1, T. 26, § 239 n. 23 e 25. A. ord. não é expressa á respeito da venda em leilão; mas se ella requer que os moveis sejam vendidos em praça, o mesmo com maioria de razão deve entender-se á respeito dos immoveis.

Por alienar entende-se todo o acto translativo do dominio, como doação, troca.

É também em regra prohibido vender peças de ouro, ou prata, joias e cousas semelhantes. Ord. cit. § 25. Todavia o juiz pode ordenar que estas peças sejam convertidas em moeda corrente, se assim for mais conveniente ao orfão. Aviso n. 250 de 26 de Dezembro de 1854 e de 12 de julho de 1844.

¹⁰¹ B. Carneiro, L. 1, T. 26, § 226, n. 19; Linhas orph. nota 223.

¹⁰² Mello, L. 2, T. 11, § 15; Lobão loc. cit.; B. Carneiro, cit. § 226, n. 18, 22, 23.

¹⁰³ A addicção da herança é um quasi contracto que pode trazer e ordinariamente traz onus, ainda quando a herança é deferida sem imposição de condições. (Cfr. Mourlon cit., n. 1190.)

A liquidação do activo e passivo importa trabalhos e despesas que talvez o restante dos bens não compense.

¹⁰⁴ Ord. L. 3, T. 29, § 1; tit. 41, § 8; Cod. Civil Port. art. 72; Mello, cit. § 15. No intentar acções em nome do orfão deve o tutor ter a maior prudencia afim de não envolve-lo em causas ruinosas e de exito duvidoso, sob pena de ser responsavel pelo damno resultante. Lobão.

¹⁰⁵ Mello, L. 2, T. 11, § 15; B. Carneiro cit., § 237, n. 9.

b) Receber as rendas, foros, censos e pensões do menor e pagar as que o menor dever.¹⁰⁶

São nullas as alienações que o tutor faz sem authorisação do juiz, nos casos em que esta é necessaria.¹⁰⁷

A alienação, porém, reputa-se revalidada:

1. Se o menor, depois de maior, a ratifica;¹⁰⁸

2. Ou se tendo chegado á maioridade, deixa passar cinco annos sem promover-lhe a annullação em juizo.¹⁰⁹

Decretada a nullidade, reivindica o menor a coisa alienada, mas só é obrigado a restituir o preço se verteu em utilidade sua.¹¹⁰

§ 154. Actos que o tutor não pode praticar.

É absolutamente prohibido ao tutor, ainda com authorisação do juiz:

1. Dispor dos bens do menor por titulo gratuito;¹¹¹

2. Tornar-se cessionario de direitos ou de credits contra o menor;¹¹²

¹⁰⁶ Mello, cit. § 15; B. Carneiro, § 226, n. 25.

¹⁰⁷ Ord. L. 1, T. 88, § 26; B. Carneiro cit., § 239, n. 38.

¹⁰⁸ Const. 2. C. Si maj. fact. rat. habuerit. (2. 46). B. Carneiro, cit. § 226, n. 50.

¹⁰⁹ B. Carneiro, cit. § 226, n. 51.

¹¹⁰ Const. 3. C. Si maj. fact. (5. 74); Const. 10. 16, Cod. de praediis et aliis rebus minor. sine decret. non alienand. (5. 71); B. Carneiro cit. § 239, n. 42.

A alienação feita a titulo gratuito pelo menor ou pelo tutor, ainda intervindo decreto judicial, é nulla e a acção para annulla-la só prescreve em trinta annos contados do dia em que o menor se torna maior. Const, 3. C. Si maj. fact. alienat. fact. (5.74). Makeldey, § 628 in fine; B. Carneiro, cit. § 226, n. 52.

¹¹¹ Const. 3. Cod. Si maj. fact. alienat. (5. 74) f " cum autem donationes á minoribus nec cum decreto celebrari possint..."; B. Carneiro, L. 1, T. 27, § 239, n. 43. A doação é nulla e a acção para annulla-la só prescreve em trinta annos.

¹¹² Novel 72 C. 5. A prohibição é absoluta: et cessiones in semetipso, aut per donationem, aut per venditionem, aut alio quolibet egerit modo: cit. Novel. O Cod. Civil Port. Admitte a cessão nos casos de subrogação legal, no que aceitou a doutrina dos commentadores do Cod. Civil Francez. Vej. Murlon, L. 1, T. 10, n. 1203.

3. Adquirir, por si ou por interposta pessoa, por contracto particular ou em hasta publica, bens moveis ou de raiz, pertencentes ao orfão, sob pena de nullidade.¹¹³

Os bens do menor que tivessem sido alienados enquanto o tutor exercia o seu cargo, não os pode elle adquirir tempo algum, de quem quer que seja, por nenhum titulo, salvo por via de successão.¹¹⁴

Mas pode legalmente haver por qualquer titulo os que houverem sido alienados do poder do menor ao tempo em que já não era tutor.¹¹⁵

§ 155. *Responsabilidade do tutor e do juiz.*

O tutor é responsavel pelos damnos e prejuizos causados por dolo, culpa ou negligencia na administração dos bens do menor.¹¹⁶

Esta responsabilidade começa de existir desde o momento em que o tutor toma a administração da tutela ou ao tempo em que devia toma-la.¹¹⁷

A cessão é nulla e importa extinctão do credito contra o menor: cadat ab eis, quae ex hoc sunt quaesita propter transgressionem nostrae legis et haec minorem lucrari. Assim que o proprio cedente perde o direito contra o menor. Vej. Mourlon cit. n. 1206.

¹¹³ Ord. L. 1, T. 88, § 29. O tutor que infringe esta disposição, incorre nas penas do art. 147 do Cod. criminal. Reg. de 2 de outubro de 1851, art. 32, § 6.

Igual prohibição se faz ao juiz e escrivão de orfãos e aos juizes de direito. Ord. L. 1, T. 62, § 38; T. 88, § 30; Tit. 89, § 8; Cod. Crim. art. 146.

¹¹⁴ Ord. L. 1, T. 88, § 29: Nem poderão haver os ditos bens em tempo algum por nenhum titulo, ainda depois de não serem tutores, salvo por via de successão. Entende-se tanto da successão do menor, como das pessoas que tenham adquirido os bens.

É questão largamente controvertida se o menor pôde instituir o tutor seu herdeiro. Antigamente era *opinião commun* que podia faze-lo. Repert. tom 3, pag. 734, nota (a) O Cod. Civil Port, art. 244 n. 4 prohibe ao tutor "receber doações do menor entre vivos ou *por testamento*, ou do ex-pupillo emancipado ou maior, salvo depois de ter dado conta de sua administração e de ter obtido quitação geral."

Entre nós deve ser mantida a *opinião commun* visto como não ha lei que a exclua.

¹¹⁵ "Ord. cit. § 29: Porém se venderem alguns outros bens *depois de o tutor ou curador deixar de o ser*, os poderá haver e comprar porque então cessa a presumpção de fraude." B. Carneiro cit., § 240, n. 5.

¹¹⁶ Ord. L. 3, T. 41, § 3... "Poderá o menor... haver emenda do damno que por *culpa* ou *negligencia* de seu tutor ou curador receber., L. 4, T. 102, § 5... Dará fiador abonado que por elle se obrigue." Repert. das ordd. tom. 3, pag. 517, nota c.

¹¹⁷ Fr. 1, § 1, D. de administrat, et pericul. tutor. (26, 7): Id... constitutum est ut qui scit se tutorem datum, nec excusa tio nem, si quam habet, allegat intra tempora prostituta, suo periculo cesset. B. Carneiro, L. 1, T. 27, § 241, n. 5.

Para garantir a fiel gestão da tutela, a restituição dos bens e a indemnização de danos e perdas, tem o menor hypotheca legal sobre os immoveis do tutor.¹¹⁸

No caso de insolvabilidade do tutor e de seus fiadores, é o juiz subsidiariamente responsável, provado que o dano causado lhe pode ser razoavelmente levado em culpa¹¹⁹, como se não exigiu fiança, sendo ella devida, ou a admitiu sem ser idonea, ou deixou de remover o tutor manifestamente suspeito.¹²⁰

É de notar, porém, que a responsabilidade é principal e directa do juiz quando resulta de dolo ou culpa tão sómente sua, como quando deixa de nomear tutor.¹²¹

Ao orfão compete contra o tutor, seus fiadores e contra o juiz, para haver a indemnização pelo mal causado, acção ordinaria que em direito se denomina — acção de tutela.¹²²

§ 156. *Destino dos dinheiros dos orfãos.*

Todas as quantias pecuniarias, pertencentes aos menores — ou provenhão do arrendamento e cultura dos bens de raiz, ou da venda dos moveis, ou da cobrança de dividas activas, ou de herança, legado ou doação, devem ser de prompto recolhidas ao cofre dos orfãos.¹²³

¹¹⁸ Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 2. Esta hypotheca é geral, comprehensiva dos immoveis presentes e futuros (§ 11 do cit. art. 3) e constitue-se pelo termo de tutela e desde sua data, art. 136, § 1^a do Reg. de 26 de abril de 1865.

¹¹⁹ Ord. L. 3, T. 41, § 3: ... ou do juiz que tal tutor ou curador deu. Mello, L. 2, T. 11, § 17; B. Carneiro, cit. § 241, n. 14. Fr. 1, § 11 e 18. D. de magistr. conveniendis.

¹²⁰ B. Carneiro, cit. § 241, n. 14.

¹²¹ Reg. 2 de out. de 1851. art. 32, § 8. Ord. L. 1, T. 88, § 3 in fine; 7, 16, 18, 24. Ord. L. 4, T. 102, § 18.

¹²² Doctr. das Acc. § 269 e seg.; B. Carneiro cit., § 243, n. 2. *Actio tutela directa*.

¹²³ Ord. L. 1, T. 88, § 31 e 34; T. 62, § 31; Decis. n. 377 de 21 de out. de 1857. A mãe, quando tutora, também é obrigada á recolher os dinheiros do orphão ao cofre.

Em cada municipio deve haver um cofre de orphãos, o qual deve ser guardado no lugar mais seguro, Alv. de 24 de out. De 1814, § 6. É feito á custa dos orfãos (Ord. 1, 88, § 32) e para esse fim e para outras despesas costuma deduzir-se um oitavo por cento das quantias recolhidas. Av. n. 176 de 11 de outubro de 1854. Nessas despesas

Entrão também para o cofre todas as peças de ouro ou prata, joias e pedras preciosas, com declaração especificada da qualidade, peso e valor de cada uma.¹²⁴

O dinheiro depositado no cofre não pode ser tirado, senão:

1. Para as despesas necessarias com a pessoa e bens do menor;¹²⁵
2. Para a compra de bens de raiz, de que venha proveito ao orfão;¹²⁶
3. Para a compra de apolices da divida publica;¹²⁷
4. Para ser emprestado ao Estado mediante o juro de 5 por cento;¹²⁸
5. Para ser entregue ao orfão quando sahe de sob a tutella.¹²⁹

§ 157. *Do protutor e do falso tutor.*

Acontece ás vezes que alguém que não é tutor administra os bens do menor como se fora tutor (*pro tutore*) crendo se-lo ou mesmo com sciencia de que não o é.¹³⁰

compreende-se o custo dos livros de escripturação da receita e despesa. Av. n. 319 de 15 de julho de 1863.

O cofre tem tres chaves, das quaes são guardas o juiz, o escrivão e o depositario. Ord. L. 1, T. 88, § 39. O depositario é hoje nomeado pelo juiz de orfãos (Av. 8 de julho de 1838) e presta fiança. Nos lugares onde não houver quem se preste com fiança a ser depositario, é commettida aos collectores a guarda do cofre, sem necessidade de fiança. Av. n. 233 de 13 de julho de 1857 e Circul. n. 244 de 20 de julho do mesmo anno.

O cofre não se abre senão na presença dos tres clavicularios. Ord. 1, 88, § 39.

¹²⁴ Ord. 1, T. 88, § 35. O juiz póde, parecendo-lhe conveniente, reduzir estas peças á moeda corrente, guardadas as formalidades de direito. Aviso n. 250 de 26 de dezembro de 1854 e de 12 de julho de 1844.

¹²⁵ Ord. L. 1, T. 88, § 38.

¹²⁶ Ord. cit., § 37. Não está hoje em uso o empregar-se o dinheiro dos orfãos na compra de bens de raiz.

¹²⁷ Port. de 31 de março de 1846. Só é admissivel esta pratica quando o dinheiro de cada orfão é suficiente para comprar integralmente uma ou mais apolices. Port. cit.

¹²⁸ Lei de 13 de novembro de 1841, art. 6, § 4 e. Provis. de 12 de outubro de 1842.

O juro, que d'antes era de 6 por cento, foi reduzido á 5 pelo art. 13 da Lei de 6 de setembro de 1854, cuja disposição começou á vigorar do 1º de julho de 1855. Ord. n. 59 de 8 de fevereiro de 1855. Acerca deste assumpto veja-se, Pereira de Carvalho, Linh. orph. cit. edicç., not. 314, add. 98 a pag. 167.

¹²⁹ Ord. L. 1, T. 88, § 37. O menor sahe da tutella, quando se torna maior, ou casa, ou obtem suplemento de idade.

Este tal, quando obra de boa fé, isto é, com intenção de ser útil ao menor, resguardando-lhe os bens e promovendo-lhe os interesses, chama-se *protutor*.¹³¹

Neste caso verifica-se uma espécie de gestão de negócios.

O protutor tem em geral os mesmos deveres que o verdadeiro tutor e é obrigado a prestar contas de sua gestão.¹³²

Mas, attenta a natureza da tutela segundo o nosso Direito, o protutor nada mais pode fazer do que *conservar e melhorar* os bens do menor.

Não lhe é lícito praticar actos que o verdadeiro tutor não poderia legalmente praticar sem autorização judicial.¹³³

Sem embargo do exposto, a gestão do protutor é uma anomalia, a que o juiz logo que della tiver conhecimento, deve de por termo, dando tutor legal ao menor, sendo que a nomeação pode recahir no proprio protutor se for pessoa idonea.¹³⁴

Aquelle que não é tutor, mas finge-se tal para *representar* o menor nos actos da vida civil, judiciais ou extrajudiciais, denomina-se em direito *falso tutor*.¹³⁵

São nulos os actos por elle praticados em nome do menor.¹³⁶ E a acção para annulla-los compete tanto ao menor como ao terceiro com quem o falso tutor contractara.¹³⁷

¹³⁰ D. de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit (27,5). Pro tutore autem negotia gerit qui munere tutoris fungitur... sive se patet tutorem, sive sciat non esse. Fr. 1, § 1. Dig. cit. B. Carneiro, L. 1. T. 27, § 232.

¹³¹ Hein. Pandect. P. 4, § 380; B. Carneiro, cit, § 232, n. 1.

¹³² Fr. 4, D. cit.; Pona, cap. 13, n. 4; B. Carneiro, cit. § 232, n. 12 e 13.

¹³³ Porque evidentemente o protutor não pode ter mais poder do que o tutor verdadeiro.

¹³⁴ É um corollario da obrigação que tem o juiz de nomear tutor aos menores que o não tem.

¹³⁵ Vej. pag. 292, nota 1 e 2.

¹³⁶ D. quod falso tutore... (27. 6). Frag. Vaticani, § 1. Falso tutor, segundo a noção que se deduz do titulo citado do Dig. é o que se finge tutor com dolo ou sem dolo, para representar o menor. (Makeldey, Droit Romain, § 612).

§ 158. *Dos modos pelos quaes acaba a tutela.*

Termina a tutela:

Em relação ao tutor e ao menor:

1. Quando o orfão se torna maior;¹³⁹
2. Quando obtem carta de suplemento de idade;¹⁴⁰
3. Quando contrahe matrimonio.¹⁴¹

Em relação ao tutor:

4. Acabado o termo dentro do qual o tutor é obrigado á servir a tutela;¹⁴²
5. Pela superveniencia de motivo de escusa;¹⁴³
6. Quando é removido por suspeito;¹⁴⁴

¹³⁷ A nullidade provem da incompetencia do falso tutor e da falta de authorisação judicial. Em Direito Romano, como em regra, o tutor podia representar o menor independentemente de authorisação judicial, não erão nullos os actos praticados pelo falso tutor, o qual quando obrava de má fé, ficava tão sómente obrigado á indemnisar o prejuizo causado: ut quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnentur, fr. 7. pr. § 1º, dig. 27. 6.

Os actos que o falso tutor pratica com authorisação judicial (o que pode acontecer alguma vez) são validos: valebit per praetoris tuitionem, non ipso jure. Fr. 5, § 1. D. cit.

¹³⁸ Ao menor, se se trata de *direito pessoal*, cabe acção contra a pessoa com quem o falso tutor contractou, para desfazer o acto e contra o falso tutor pelo damno causado.

Ao terceiro compete acção contra o menor para desfazer o acto e contra o falso tutor pelo damno causado.

Se a questão versa sobre *direito real*, como o acto nullo não transfere dominio, a acção pode ser dirigida contra aquelle em cujo poder está a cousa, tomando-se por fundamento a nullidade do acto do falso tutor.

¹³⁹ Ord. L. 1, T. 88, § 27 e Res. de 31 de outubro de 1831, art. 1.

¹⁴⁰ Ord. L. 1, T. 88, § 27 e 28; L. 3, T. 9, § 3, e T. 42, § 1º.

O suplemento de idade só se concede aos orfãos varões maiores de vinte annos, ás orfãs maiores de desoito. Ord L. 3, T. 42 pr.

A carta é dada pelo juiz de orfãos, precedendo justificação de siso e discrição para poderem reger os bens. Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2. § 4 e Regul. de 15 de março de 1842, art. 5, § 2.

¹⁴¹ Ord. L. 1, T. 88, § 27 e 28.

¹⁴² Ord. L. 4, T. 102, § 9 e 10. O tutor dativo só é obrigado á servir a tutela dous annos. Quanto ao testamentario e ao legitimo a ord. não marca praso.

¹⁴³ Vej. § 149.

7. Emfim quando a mãe, ou a avó, sendo tutoras dos filhos ou dos netos, passam á novas nupcias.¹⁴⁵

§ 159. Dos efeitos da cessação da tutela quanto á pessoa do orfão.

Da cessação da tutela em relação ao orfão, resultão os efeitos seguintes:

1. Fica elle habilitado para todos os actos da vida civil e como tal assume o direito de livremente administrar seus bens e de dispor delles como lhe aprouver.¹⁴⁶

Todavia o menor casado e o que obteve carta de supplemento de idade, não podem, antes de completarem vinte um annos, alienar, empenhar ou hypothecar bens de raiz sem authorisação judicial.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Ord. L. 1, T. 88, § 50; L. 3, T. 18, § 5 e L. 4, T. 102, § 1: "Emquanto o fizer bem e como deve a proveito do orfão."

Tutorio é o que não cumpre os seus deveres com diligencia e fidelidade. Assim torna-se suspeito o tutor que commette alguma falta grave ou com dolo ou por negligencia. J. § 5 de suspect. tutor, vel curatorib. (1. 26): Quinon ex fide tutelam gerit. Fr. 7, § 1. D. de suspect. tutorib. vel curatorib. (26.10): Sifrans non sit admissa, sed lata negligentia; quia ista propé fraudem accedit, removeri liunc quasi suspectum oportet. Cod. Civil. Fr. art. 444 e Cod. Frederico, P. I, L. 3, T. 12, § 2.

Suspectum tutorem eum putamus qui muribus talis est ut suspectus sit, frg. 8. D. cit. Donde resulta que o tutor pode ser removido quando dá lugar a suspeita de que venha á faltar aos seus deveres, como se é prodigo, ou jogador ou ebrio, (Linh. orph. not. 269, n. 9) ou se se torna inimigo do orfão. Linh. orph. cit. nota n. 10.

A remoção pode ser decretada a requerimento de qualquer pessoa do povo, ou ex officio pelo juiz. Ord. L. 1, T. 88, § 50 e T. 62, § 33; Reg. de 2 de outub. de 1851, art. 32, § 4.

Emquanto pende a accusação de suspeição, o tutor é suspenso da tutela, a qual é confiada á um curador interino.

É competente pa'ra tomar conhecimento da remoção e decreta-la o juiz de orfãos e o de direito em correcção. Cit. Reg. de 2 de out. de 1851, art. 32, § 4.

Quanto ao processo veja-se: Acções Summarias de Lobão, § 379 e seguintes e Linh. orph. § 144.

¹⁴⁵ Ord. L. 4, T. 102, § 3.

Não é preciso dizer que a tutela tambem cessa ou pela morte do menor, ou pela do tutor.

¹⁴⁶ Ord. L. 1, T. 88, § 27 e Res. de 31 de outubro de 1831. art. 1. O Aviso de 8 de janeiro de 1856 condemnou a pratica abusiva de obrigar ao que se torna maior á justificar capacidade e á tirar carta de emancipação.

¹⁴⁷ Ord. cit., § 28.

2. Devem lhe ser entregues imediatamente todos os bens que estavam sob a administração do tutor com os fructos, e os dinheiros existentes no cofre e as quantias emprestadas ao Estado.¹⁴⁸

A entrega dos bens, porém, suspende-se:

I. Se o menor casado não tem ainda dezoito annos de idade;¹⁴⁹

II. Ou, se sendo menor de vinte annos, casou sem consentimento do juiz, com pessoa de qualidade e fortuna desiguaes.¹⁵⁰

§ 160. *Da prestação de contas.*

Os tutores como administradores de bens alheios são obrigados a prestar contas de sua gestão.¹⁵¹

Os testamentarios e os legitimos devem de (presta-las de quatro em quatro em quatro annos; as mãis e avós e os dativos de dous em dous annos¹⁵²: todos, testamentarios, legitimos e dativos, sempre que

¹⁴⁸ Ord. cit., § 25, 27, 37.

A entrega dos dinheiros de orfãos recolhidos aos cofres publicos não pode ser feita senão á requisição do juiz que a tiver ordenado. Ord. n. 93 de 1 de abril de 1852.

¹⁴⁹ Ord. L. 1, L. 88, § 27: "ou for casado por sua authoridade depois de haver dezoito annos." Vej. B. Carneiro, § 226, n. 46 nota (a).

Cumpré notar que esta disposição refere-se ao orfão; sendo orfã, os bens entregão-se ao marido sem embargo de ser ella menor de dezoito annos. B. Carneiro, L. 1, T. 29, § 258, n. 5.

¹⁵⁰ Ord. L. 1, T. 88, § 19.

Suspende-se igualmente a entrega dos bens da orfã que se casou sem consentimento do juiz; todavia podem os ditos bens ser entregues ao marido, justificando elle capacidade para reger os bens, e obtendo em consequencia permissão do juiz. Ord. cit § 19 in fine. Regim. do Des. do Paço, § 79. Lei de 22 de setemb. de 1828, art. 2 § 4, Reg. de 15 de março de 1842, art. 5, § 8, e Av. de 16 de dez. de 1852.

Esta suspensão termina, não havendo concessão do juiz, logo que a orfã completa vinte annos.

¹⁵¹ Fallecendo o tutor, prestão contas os seus herdeiros, pagando o alcance pelas forças da herança. Pona, cap. 13, n. 2 e 3; B. Carneiro, L. 1. T. 27, § 243, n. 7.

¹⁵² Ord. L. 1, T. 62, § 37; T. 88, § 49.

deixarem o exercicio da tutela¹⁵³ como quando são removidos ou quando o menor se emancipa.¹⁵⁴

A prestação de contas tem por fim tornar efectiva a responsabilidade dos tutores pela administração dos bens que lhes forão confiados.

Dividem-se as contas em duas partes: *receita e despesa*.¹⁵⁵

Na *receita* deve-se fazer carga ao tutor de todos os bens que recebeu com os seus fructos e rendimentos¹⁵⁶; dos dinheiros que deixou de metter no cofre¹⁵⁷; do alcance das contas preteritas¹⁵⁸; das soldadas do orfão quando for caso disso¹⁵⁹, e das perdas e danos causados por culpa ou negligencia.¹⁶⁰

Na *despesa* devem lhe ser levados em conta todos os dispendios uteis e justificados¹⁶¹, abonando-se-lhe em premio do trabalho da admnistração a vintena do rendimento liquido, a qual não pode annualmente exceder de cinquenta mil réis.¹⁶²

¹⁵³ Ord. cit., § 49 in fine.

¹⁵⁴ Ord. cit., § 50.

¹⁵⁵ O inventario é o principal elemento da receita.

¹⁵⁶ Pona, cap. 13, n. 25; B. Carneiro cit. § 243, n. 22 e 23.

¹⁵⁷ Gam., Decis. 110, n: 33; Pona, cit. cap. 13, n. 29.

¹⁵⁸ Guerreiro, tract. 4, L. 8, cap. 15, n. 16; Lobão Notas á Mello, L. 2, T. 11, § 16, n. 20. O tutor paga juro do alcance que não recolheu ao cofre. Reg de 2 de outubro de 1851, art. 32, § 8.

¹⁵⁹ Pona, cit. cap. 13, n. 33.

¹⁶⁰ Lob. cit. n. 21; B. Carneiro, cit. § 243, n. 22.

Na tomada de contas só podem ser carregados os danos e perdas confessados pelo tutor. Se ha contestação da parte do tutor, a indemnisação só pode ser pedida por acção ordinaria, porque o summario de contas não admite questão d'alta indagação. Lobão cit. n. 22.

¹⁶¹ Lobão cit., n. 25 e seguintes; B. Carneiro, art. 243, n. 23.

As despesas uteis e provadas são attendidas, ainda feitas sem despacho do juiz. Pona, cap, 14, n. 2; B. Carneiro, L. 1, T. 26, § 226, n. 19. Jusificação-se as despesas com documentos ou testemunhas; sendo modicas, basta o juramento do tutor. B. Carneiro, cit. § 243, n. 25; Consolid. das Leis Civis, art. 302, nota (4).

Pode o tutor compensar a despesa com o que elle deve ao menor, sendo quantia certa e liquida. Lobão, Not. á Mello, L. 2, T, 12, § 16, n. 30.

¹⁶² Ord. L. 1, T. 88, § 53. Os cinquenta mil réis não forão treplicados pelo Alv. de 16 de setembro de 1814. Cfr. o Decreto n. 561 de 18 de novembro de 1848, art. 2. Veja-se a Consolid. das Leis Civis, art. 298, nota (1).

Julgadas as contas por sentença, o tutor é obrigado a recolher ao cofre ou a entregar ao orfão, se está emancipado, dentro do prazo de nove dias, sob pena de prisão, o alcance em que for achado.¹⁶³

A sentença que julga a prestação de contas não dirime nem a acção (*actio tutelae directa*) que ao menor compete contra o tutor para obter a indemnização das perdas e danos causados¹⁶⁴, nem tão pouco a acção (*actio tutelae contraria*) que cabe ao tutor para haver do menor o que este lhe estiver á dever em razão da tutela.¹⁶⁵

CAPITULO SEGUNDO

DA CURATELA

161. O que é curatela?

Curatela ou *curadoria* é o cargo conferido pela autoridade publica á alguém para reger a pessoa e bens, ou tão sómente os bens ¹⁶⁶,

A vintena não pode ser recebida senão em virtude de alvarás assignados pelo juiz, ord. cit., § 53, e é dedusida tão sómente do producto liquido da administração: assim não entrão para o seu computo as soldadas, heranças, doações, legados, dinheiros tirados em loteria. Pona, cap. 14, n.; Linh. orph. nota 309.

Se ao tutor for deixado premio em testamento, permite-se-lhe a opção do premio ou da vintena Ord. L. 1, T. 88 § 53.

¹⁶³ Ord. L. 4, T. 102, § 9; Reg. de 2 de out. de 1851, art. 32, § 7. Vej. Consolid. das Leis Civis, nota 3 ao art. 305.

Á respeito do processo de tomada de contas e seus recursos, veja-se Lobão, Acções Summarias, § ; B. Carneiro, L. 1, T. 27, § 243; Linh. orph. cap. 23.

¹⁶⁴ Lob. cit. n. 21; B. Carneiro, § 241, a. 22; Linh. orph. nota 315;

¹⁶⁵ B. Carneiro cit., § 231, n. 31.

¹⁶⁶ Havia, segundo a theoria dos romanos, uma distincção radical outro tutor e curador. O tutor não só geria os negocios do impubere como completava-lo a pessoalidade pela interposição de sua *authoridade*; o curador, dado sempre aos adultos, não tinha por missão inteirar-lhes a pessoa, de si mesma completa, mas guardar os bens e dar consentimento para os actos que praticavão seus curatellados. (Cfr. Heinecio, Pandect. P. 4, § 338; Ortolan, Inst. T. 23.)

Esta theoria não quadra bem com a instituição da tutela e curatela como as fez o direito moderno. (Hein. cit., § 330). Basta notar, 1º, que o curador do louco lem sobre a pessoa deste o mesmo poder que o tutor sobre a pessoa do impubere; 2º, que o curador do prodigo assiste-o nos actos da vida civil do mesmo modo que o curador do pubere ao pubere.

de pessoas emancipadas que por si mesmas não o podem fazer, impossibilitadas por uma causa determinada.¹⁶⁷

Chama-se *curador* aquelle que exerce a curatela; *interdictos*, os que lhe são sujeitos.¹⁶⁸

Pode a curatela abranger a pessoa e bens, como a curatela, dos loucos¹⁶⁹; ou sómente os bens, como a dos bens de ausentes.¹⁷⁰

A curatela difere da tutela nos pontos seguintes:

1. A curatela é dada aos maiores e aos que são equiparados aos maiores; a tutela aos menores;¹⁷¹

2. A curatela é sempre deferida pelo juiz; a tutela pode ser conferida em testamento ou codicillo;¹⁷²

3. A curatela ás vezes é dada sómente aos bens; a tutela comprehende sempre o governo da pessoa e a administração dos bens.¹⁷³

§ 162. *Diversas especies de curatela.*

Ha diversas especies de curatelas, cada uma das quaes sujeita á certas regras peculiares, suposto sejam todas dominadas de principios communs.

Pode a curatela dividir-se nas tres especies seguintes:

¹⁶⁷ Como é a demencia, a ausencia. Pr. 2. D. de curatorib. furios. et. (27.10): dabit... curatores qui rebus suis superesse non possunt.

¹⁶⁸ *Interdictos* — aquelles á quem é prohibida a administração dos bens: cui bonis interdictum est. A lei de 24 de setembro de 1864, art. 3, § 2, já usa da palavra — *interdicto*— no sentido declarado.

¹⁶⁹ Fr. 7 pr. D. eod. titul. (27. 10): Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium sed *et corpus ac solus furiosi*. Fr. 1º, § 4, D. de munerib. et honorib. Vej. Pothier, tract. des person. P. I, T. 6. Sec. 5, art. 1.

¹⁷⁰ Ord. L. 1, T. 90 pr.; fr. 22, § 1. D. de rebus authoritat. iudicis possidendis. (42. 5).

¹⁷¹ Ficou notado em outro lugar (§ 144, not. 1): que á imitação de alguns codigos e escriptores modernos comprehendemos na expressão tutela não só a tutela no sentido do antigo direito como a curatela dos puberes, de modo que segundo este systema não ha curatela de menores. Pothier cit., sect. 4, art. 1 e sect. 5, art. 1.

¹⁷² Ord. L. 4, T. 102 e 103; Inst. § 1 de curatorib. (1. 23).

¹⁷³ Cura personalis et cura bonorum.

- 1.^a Curatela dos loucos;
- 2.^a Curatela dos prodigos;
- 3.^a Curatela dos bens de ausentes.¹⁷⁴

TITULO PRIMEIRO

Curatela dos loucos

§ 163. *Pessoas sujeitas á esta curatela e como ella se defere.*

Não se podem eximir de receber curador todos os que, não estando sujeitos á tutela nem ao patrio-poder, todavia, ou por fraqueza de espirito¹⁷⁵ ou por perturbação das faculdades mentaes¹⁷⁶, são incapazes de regerem suas pessoas e bens.¹⁷⁷

Entrão nesta definição: os idiotas, os surdos e mudos de nascença, os furiosos, os mentecaptos, os sandeus, os desmemoriados: emfim, os loucos de todo o genero ¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Ha ainda outras espécies de curadores, de que não se trata neste capitulo por pertencerem á outras Divisões do direito.

Taes são:

1º *O curador á lide (curator in litem)* que é o que se dá aos menores e interdictos que figurão em juizo ou como authores ou como reos (Ord. L. 3, T. 41, § 9, Prim. Linhas, nota 94 e 111).

Curador geral de orfãos, empregado do juizo de orfãos, o qual é ouvido em todos os negocios em que são interessados menores e interdictos e em que tem de intervir o juiz. (Veção-se os Avisos n. 115 de 27 de abril de 1855; n. 13 de 15 de janeiro de 1858; n. 136 de 31 de maio de 1859; n. 547 de 21 de dezembro de 1863.)

3. *Curador* que se dá em juizo ao reo ausente. Pereira e Souza, nota 203.

4. *Curador á herança jacente.*

As tres primeiras especies pertencem ao processo e leis de organização judiciaria; a ultima á Divisão do direito que trata da successão.

¹⁷⁵ *Imbecilidade.*

¹⁷⁶ *Demencia.*

¹⁷⁷ Ord. L. 4, T. 103 pr.; Inst. § 3 de curatorib. (1, 23).

¹⁷⁸ A medicina legal estabelece diversas especies de alienação mental. A lei não pode nem deve entrar na questão de technologia; ella limita-se á prescrever que se dê curador aos que, ou por imbecilidade ou por terem perdido o uso da razão, não podem governar sua pessoa e bens. Á medicina compete averiguar o facto.

A curadoria é dada pelo juiz de orphãos, sobre inquirição de testemunhas e exame medico, á requerimento de parte, ou ex officio, logo que o juiz sabe existirem sua jurisdição algum louco.¹⁷⁹

É deferida na ordem seguinte:

1º Á mulher do demente, se é honesta e ajuisada e quer aceitar o cargo;¹⁸⁰

2º Ao pae;¹⁸¹

3º Ao avô paterno ou materno, e sendo ambos vivos, ao que for mais idoneo;¹⁸¹

4º Ao filho varão, sendo idoneo e maior de vinte um annos;¹⁸³

5º Ao irmão, sendo idoneo, maior e tendo casa separada;¹⁸⁴

6º Ao parente mais proximo, paterno ou materno; abonado em tantos bens quantos bastem para garantir o patrimonio do demente.¹⁸⁵

7º Á qualquer estranho, idoneo e abonado.¹⁸⁶

A ord. emprega para denotar os que estão privados do uso de razão diferentes palavras, taes como: sandeu, furioso, desasisado, desmemoriado, mentecapto, demente. (Vej. ord. L. 4, T. 103 pr.; § 1, 3, 4, e T. 81; Mello. L. 2, T. 12, § 7; B. Carneiro, L. 1, T. 30, § 259).

O surdo e mudo de nascença é equiparado ao idiota. Ord. L. 4, T. 81, § 5; Inst. § 4 de curatorib.; Pothier, Tract. des person. P. 1, T. 6, Sect. 5, art. 1.

O que se torna surdo e mudo por accidente superveniente, podendo-se fazer entender, não recebe curador.

Aos rusticos, aos simples e estupidos não se dá curador porque não lhes fallece certo discernimento das cousas humanas. B. Carneiro, cit. § 259, n. 6.

¹⁷⁹ Ord. L. 4, T. 103 pr.; B. Carneiro cit., § 261, n. 6 nota (a); Pereira e Souza nota 525; Lobão Not. á Mello, L. 2, T. 12, § 7 n. 5.

¹⁸⁰ Ord. L. 4, T. 103, § 1 fine.

¹⁸¹ Ord. cit. ibidem.

¹⁸² Ord. cit. § 4.

¹⁸³ Ord. cit. § 5 e Res. de 31 de out. de 1831, art. 1.

¹⁸⁴ Ord. cit. ibidem e Res. cit.

¹⁸⁵ Ord. cit. § 5.

¹⁸⁶ Ord. cit. ibidem.



A mulher, o pae e o avô não podem deixar o exercicio da curadoria enquanto durar a demencia; os demais curadores só são obrigados á servir dous annos.¹⁸⁷

São incapazes de serem curadores os que são incapazes de serem tutores.¹⁸⁸

Os curadores podem em geral escusar-se nos mesmos casos em que podem faze-lo os tutores.¹⁸⁹

§ 164. Dos direitos e obrigações do curador do louco.

Compete ao curador tractar da pessoa do demente, promover-lhe a cura¹⁹⁰ e fornecer-lhe á elle e á sua familia, se é casado, os alimentos que houverem sido assignados pelo juiz.¹⁹¹

No caso de haver perigo em deixar o demente livre por ameaçar fazer mal, o curador é obrigado á te-lo em guarda ou a recolhe-lo á alguma das casas para esse fim destinadas, sob pena de responder pelos damno causado, se de sua parte houve negligencia ou culpa.¹⁹²

Ao curador incumbe representar¹⁹³ o demente em todos os actos da vida civil, ou judiciaes, ou extrajudiciaes, do mesmo modo que o tutor representa o impubere.¹⁹⁴

E pelo que respeita á administração dos bens, assistem-lhe tambem, em geral, os mesmos direitos e obrigações que tem o tutor em relação aos bens do menor impubere.¹⁹⁵

¹⁸⁷ Ord. cit. § 2 e 8.

¹⁸⁸ B. Carneiro, cit. § 261, n. 18; Consolid. das Leis Civis, nota 3 ao art. 314

¹⁸⁹ Nota precedente.

¹⁹⁰ Ord. L. 4, T. 103. § 1.

¹⁹¹ Ord. cit. ibidem. Na taxação destes alimentos observão-se as regras relativas ao arbitramento de alimentos em geral.

¹⁹² Ord. cit. pr.; cod. crim. art. 12.

¹⁹³ Vej. § 144, nota

¹⁹⁴ Hein. Pandectt P. 4, § 402; B. Carneiro, L. 1, T. 30, § 261, n. 21. O demente, assim como o impubere, não intervem no acto que o curador pratica em seu nome.

Presta juramento ¹⁹⁶, recebe os bens por inventario feito pelo escrivão de orfãos, ¹⁹⁷ e dá contas de sua gestão. ¹⁹⁸

A mulher não é obrigada á fazer inventario. ¹⁹⁹

Para garantir os direitos do demente ficão-lhe legalmente hypothecados os immoveis do curador. ²⁰⁰

§ 165. *Da incapacidade do demente.*

A sentença de interdicção não crea a incapacidade do demente; — verifica e declara tão sómente um facto preexistente que lhe serve de *causa*.

D'ahi provem que a incapacidade do demente não data da sentença de interdicção, mas do momento em que começa de existir a *causa*, á saber: a imbecillidade, a demencia ou o furor. ²⁰¹

Assim pois são annullaveis os actos praticados pelo demente em estado de loucura, ou sejam anteriores ou posteriores á interdicção. ²⁰²

Ha, porém, entre uns e outros uma differença:

¹⁹⁵ B. Carneiro, cit. § 261, n. 19.

¹⁹⁶ Ord. L. 4, T. 103, § 1; Consolid. das Leis Civis, not. 4 ao art. 315.

¹⁹⁷ Ord. L. 1, T. 78, § 7; L. 4, T. 103 pr. Lei de 3 de novembro de 1830, art. 4.

¹⁹⁸ Ord. L. 4, T. 103, § 2; B. Carnetro, cit. § 261, n. 27.

A ord. n. 124, de 20 de setembro de 1847 declarou que devem ser remetidas para as thesourarias para vencerem os mesmos juros marcados para os dinheiros dos orfãos as quantias que entrão para o cofre dos orfãos, pertencentes á dementes.

¹⁹⁹ Ord. L. 4, T. 103, § 1 in fine.

²⁰⁰ Lei de 24 de setemb. de 1864, art. 3 § 2, e Reg. de 25 de abril 1865, art. 123.

Esta hypotheca é geral, comprehensiva dos immoveis presentes e futuros, salvo se for especialisada. Lei cit. art. 3 § II.

²⁰¹ Ord. L. 4, T. 81 pr.; B. Carneiro, L. 1, T. 30, § 260, n. 1 e 2: Consolid. das Leis Civis, nota 1 ao art. 326; Pothier, Tract. das obrig. n. 51; Moulon, Repet. Escrit. L. 1, T. 10, n. 132.

²⁰² A nullidade proveniente da incapacidade do demente não é de pleno direito; deve, pois, ser demandada por acção ordinaria.

A nullidade é radical — falta de consentimento — portanto pode ser invocada não só pelo demente e seus herdeiros, como tambem pelo terceiro que foi parte no acto.

a) Os actos posteriores podem ser annullados por isso só que forão praticados depois da sentença de interdicção, sem necessidade de outra prova.²⁰³

b) Os actos anteriores só se annullão provando-se que ao tempo em que forão praticados, subsistia já a causa da incapacidade.²⁰⁴

A lei, pois cessa a razão da incapacidade, reputa validos os actos que o demente consuma em lucido intervallo, esteja ou não judicialmente interdicto.²⁰⁵

O lucido intervallo, como o está dizendo a propria locução, não é senão um accidente na loucura perfeitamente caracterizada. Estabelecida, portanto a demencia, o lucido intervallo não se presume, mas carece de ser provado.²⁰⁶

Durante o lucido intervallo, reassume o interdicto a administração de seus bens, ficando, no entretanto, suspensas as funções do curador.²⁰⁷

§ 166. Do termo da curatela do louco.

A curatela do demente termina:

Em relação ao curador:

1. Findo o praso em que é obrigado á servir;²⁰⁸
2. Quando obtem dispensa pela superveniencia de escusa;²⁰⁹

²⁰³ Salvo se se prova que forão feitos em lucido intervallo.

²⁰⁴ Mourlon, cit. n. 1302.

²⁰⁵ Ord. L. 4, T. 103, § 3; Pereira e Souza not. 430; B. Carneiro, L. 1, T. 30, § 260, n. 3, II.

²⁰⁶ Pheb. Decis. 78, n. 13; Gama, Decis. 100, n. ultimo; B. Carneiro cit. § 269, n. 20. Acerca da prova do lucido intervallo vej. B. Carneiro, cit. § 260, n. 21.

²⁰⁷ Ord. L. 4, T. 106, § 4; B. Carneiro cit., § 261, n. 22.

Passado o lucido intervallo, o curador entra de novo em exercicio.

²⁰⁸ Ord. L. 4, T. 103, § 8.

3. Quando é removido por negligencia ou prevaricação.²¹⁰

Em relação ao demente:

4. Quando recupera o uso da razão.²¹¹

Neste caso cessa a interdicção e lhe é restituída a livre administração de seus bens, como a tinha antes de perder o intendmento.²¹²

Todavia é de boa cautela que a interdicção seja levantada judicialmente por sentença, dada com conhecimento de causa.²¹³

TITULO SEGUNDO

Da curatela dos prodigos

§ 167. Das pessoas sujeitas a esta especie de curatela e como ella se defere.

Prodigo se diz aquelle que consome e estraga seu patrimonio em gastos improductivos, sem um fim util.²¹⁴

²⁰⁹ Vej. § 158 e 163.

²¹⁰ Vej, os cit. §§ 158 e 163.

²¹¹ Ord. L. 4. T. 103, § 2 e 8.

²¹² Ord cit., § 2.

²¹³ Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 12, § 8, n. 6.

Em rigor, cessada a demencia, cessa ipso jure a interdicção. Se são validos os actos feitos em lucido intervallo, com mais força de razão devem se-lo os que são praticados depois que a demencia já não existe; mas é fácil de comprehender que, sem a segurança que resulta da sentença que levanta a interdicção, hão de muitos arreceiar-se de entrar em negocios com uma pessoa cuja capacidade juridica pode ser posta em duvida.

O restabelecimento do demente prova-se por uma serie de factos seguidos e constantes que claramente revelem o estado perfeito do seu juizo. É questão que, alem de depoimento de testemunhas, exige exame medico.

²¹⁴ Ord. L. 4, T. 103, § 6: " Alguma pessoa que como prodigo desordenadamente gasta e destrue sua fazenda. " Paulo, L. III, Sentent. tit. IV, § 7: " Quando tua bona paterna avitae, nequitia tua, disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis: ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. "

Desta definição resulta que não são prodigos: 1º os que, gastando desordenadamente as suas rendas, não loção no capital; 2º os que estragão os seus haveres nos jogos,

A prodigalidade accusa certo desarranjo mental no que diz respeito ao governo dos bens.

D'ahi provem o equiparar-se o prodigo ao menor pubere para dar-se-lhe curador.²¹⁵

A interdicção por prodigalidade é decretada pelo juiz de orfãos, ex-officio, ou a requerimento de parte, precedendo conhecimento de causa, com citação do prodigo.²¹⁶

A sentença de interdicção deve de ser publicada por editaes e pregões.²¹⁷

Feita nos ditos termos a publicação, dá o juiz curador ao prodigo.²¹⁸

Prova-se a prodigalidade por uma serie de actos característicos e constantes que a revelem de um modo claro e firme.²¹⁹

Esta especie de curadoria é deferida na mesma ordem em que a dos loucos.²²⁰ (§ 163.)

Acerca das *incapacidades* e *escusas* de curadores de prodigos prevalecem as mesmas disposições de direito que regem a materia relativamente aos curadores de loucos.²²¹

porque tem em vista um ganho, embora fallivel; 3º os que aventurão toda a sua fortuna em emprezas arriscadas, commerciaes, agricolas ou industriaes, porque fazem-o com vistas em um fim util.

Vae prevalecendo na legislação moderna a idéa de acabar com a curadoria de prodigos. O codigo civil francez e outros a abolirão; o portuguez (art. 340) a conserva, mas com a restricção de que só se pode dar curador ao prodigo casado ou que tem ascendentes ou descendentes.

Esta tendencia nasce do respeito á liberdade individual e da difficuldade de caracterisar-se com exactidão o vicio da prodigalidade.

²¹⁵ Ord. L. 4, T. 103, § 6.

²¹⁶ Ord. cit. ibidem; B. Carneiro, L. 1, T. 31, § 264, n. 5 e 6.

²¹⁷ Ord. cit. ibidem; B. Carneiro, cit. § 264, n. 6.

²¹⁸ Ord. L. 4, T. 103, § 6; B. Carneiro, cit. § 264 n. 10.

²¹⁹ Lobão, Not. á Mello, L. 2, tit. 12, § 9, n. 4.

²²⁰ Ord. L. 4. T. 103, § 1.

²²¹ B. Carneiro cit, § 261, n. 18.



§ 168. *Direitos e obrigações do curador do prodigo.*

Ao curador incumbe:

1º Fornecer ao prodigo e á sua familia, se é casado, os alimentos que houverem sido arbitrados pelo juiz;²²²

2º Authorisar com o seu consentimento, em juizo ou fora delle, os actos do prodigo que entendem com o direito de propriedade;²²³

2º Guardar e administrar-lhe os bens, com as mesmas faculdades e obrigações que em geral competem ao tutor acerca dos bens do menor pubere.²²⁴

O curador presta juramento, recebe os bens por inventario, (selvo sendo a mulher) e dá contas de sua gestão.²²⁵

Em garantia dos bens do prodigo ficão-lhe legalmente hypothecados os immoveis do curador.²²⁶

São applicaveis á duração da curadoria do prodigo as disposições relativas á da curatela dos loucos.²²⁷

§ 169. *Da incapacidade do prodigo.*

A incapacidade do prodigo difere da incapacidade do demente.

1º A incapacidade do prodigo só começa a existir depois da publicação da interdicção porque ella é antes um effeito da lei do que de causa natural.²²⁸

²²² Ord. L. 4, T. 103, § 6 in fine e § 1. Os alimentos são taxados segundo as regras de direito acerca do assumpto.

O juiz pode mandar entregar os alimentos ao prodigo, se não houver receio de prompta dissipação. Consolid. das Leis Civis, nota 4 ao artigo 325.

²²³ B. Carneiro, L. 1, T. 31, § 261, n. 11; Consolid. das Leis Civis, nota cit. O curador não *representa* no sentido rigoroso ao prodigo; *assiste-o*, como o tutor ao menor pubere.

²²⁴ Ord. cit. § 6 in fine; B. Carneiro cit. § 261, n. 11.

²²⁵ Ord. cit. § 6 e § 1 e 2.

²²⁶ Lei de 24 de setembro de 1864, art, 3 § 2.

²²⁷ Ord. cit., § 8.

São, portanto, validos todos os actos que o prodigo pratica antes daquela dacta.

2º A incapacidade do prodigo é tão sómente para os actos que entendem com o direito de propriedade, porque ella tem por causa legal unica o vicio da dissipação.²²⁹

Donde resulta que o prodigo pode occupar cargos publicos, exercer actos de sua profissão, residir onde lhe aprouver, coutrahir matrimonio, emfim dispor livremente de sua pessoa.²³⁰

A nullidade resultante da incapacidade do prodigo só pode ser demandada por elle ou por seus herdeiros.²³¹

Annulado o acto, recobra o prodigo a coisa que fora objecto delle; mas não é obrigado a restituir a que recebeu em retorno.²³²

§ 170. *Do termo da curatela do prodigo.*

A curadoria do prodigo termina:

Em relação ao curador:

1º Findo o praso legal, dentro do qual é obrigado á servir;²³³

2º Quando obtem dispensa pela superveniencia de escusa legal;²³⁴

²²⁸ Ord. L. 4, T. 103, § 6, *verb. d'ahi em diante*.

É questão controvertida se são validos os actos praticados pelo prodigo entre o despacho do juiz e a publicação. Parece que sim, á vista da lettra da ord. que os declara nullos depois da publicação. Vej. B. Carneiro, L. 1, T. 31, § 265, n. 71 Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 12, § 9, n. 6.

²²⁹ Cfr. Consol. das Leis civis, not. 4 ao art. 325.

²³⁰ Pothier. Tract. des person. P. I, T. 6, Sec. 5, art. 1. Pode advogar, ensinar, curar como medico. Não pode fazer testamento. Ord. L. 4, T. 81, § 4. Pode casar sem consentimento do curador, mas não celebrar pactos antenupciaes porque entendem com o regimen da propriedade. Vej. acima § 51.

²³¹ B. Carneiro, L. 1, T. 31, § 265, n. 3.

²³² Ord. L. 4, T. 103, § 6.

Sustentão alguns que o prodigo deve restituir o objecto se verteu em utilidade sua. B. Carneiro, cit. § 265, n. 4.

²³³ Ord. L. 4, T. 103, § 8.

3º Quando é removido por negligente ou prevaricador.²³⁵

Em relação ao prodigo:

4º Desde que, por uma serie de actos constantes e significativos de moderação e temperança, elle se mostra reformado de seus habitos de dissipação.²³⁶

Mas, para que a curadoria se repute finda e com ella levantada a interdicção, ha mister sentença passada em julgado que tal declare.²³⁷

Prova-se a correição do prodigo pela fama publica e pelo testemunho de seus parentes, amigos e visinhos.²³⁸

Levantada a interdicção, entra elle na livre administração de seus bens.²³⁹

TITULO TERCEIRO

Da curatela dos bens de ausentes.

§ 171. Especies da curatela dos bens de ausentes.

Ha duas especies de curadoria de bens de ausentes, sujeita cada uma á regras particulares:

Curadoria simples ou dativa: que é a que é deferida logo que, verificada a ausencia d'alguém com certos requisitos legais, os bens que

²³⁴ Vej. § 167 acima.

²³⁵ Vej. o cit. § 167.

²³⁶ Ord. cit., § 7.

²³⁷ Repert. das ordd. tom. 4, pag. 314, not. (b); Carneiro, L. 1, T. 31, § 266, n. 2: Consol. das Leis Civis, nota 1 ao art. 328.

²³⁸ Ord. cit., § 7.

²³⁹ Ord. cit. ibidem.

lhe pertencem, por terem ficado ao desamparo, são declarados — *bens de ausentes*.²⁴⁰

Curadoria, ou successão provisoria: que é a que é dada aos parentes mais proximos do ausente, na qualidade de herdeiros presumidos, quando por ter passado o praso marcado na lei, o ausente se presume morto.²⁴¹

§ 172. A. *Curadoria simples ou dativa dos bens de ausentes.*

I. *O que são bens de ausentes?*

São qualificados bens de ausentes para os diversos efeitos legaes “os bens que se achão ao desamparo por estarem ausentes as pessoas a quem pertencem, não se sabendo dellas se são vivas ou mortas.”²⁴²

Para que, portanto, os bens entrem na definição de *bens de ausentes* é mister:

1º Que a pessoa a quem pertença se ache ausente do lugar onde os bens estão;²⁴³

²⁴⁰ Ord. L. 1, T. 90 pr.; Reg. n. 2433 de 15 de junho de 1859, art. 21.

Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 12, § 12, n. 6, dá aos que são investidos desta curadoria a denominação de curadores *simples ou dativos*.

O cod. civil port. a esta especie de curadoria chama — *curadoria provisoria*. (Veja-su P. I, liv. unic, T. 8, cap. 1.)

²⁴¹ Ord. L. 1, T. 62, § 38; Reg. n. 160 de 9 de maio de 1842, art. 12; Reg. cit. de 15 de junho da 1859, art. 22.

Lob. loc. cit. D. 5 e seguintes.

Na linguagem do cod. civil port. esta especie denomina-se curadoria definitiva. (Cod. civil port. loc. cit. cap. 2.)

²⁴² Ord. L. 1 T. 90 pr.; T. 62, § 38; Reg. n. 160 de 9 de maio de 1482, art. 1, § 2; Reg. de 15 de junho de 1859.

Ausente, em sentido generico, se diz aquelle que está fora do seu *domicilio*, ou fora do termo, comarca ou provincia do seu domicilio, ou fora do Imperio.

A ausencia pode ser em lugar proximo ou remoto, certo ou incerto. Os efeitos da ausencia varião, segundo suas qualificações.

²⁴³ A ausencia pode ser do domicilio ou do lugar onde estão os bens. Embora o individuo tenha domicilio e esteja nelle, todavia, se tem bens em outro lugar onde não está presente e ahi é ignorado o seu domicilio; taes bens, achando-se ao desamparo, reputão-se de ausentes e devem de ser arrecadados.

2º Que esteja ausente em lugar incerto, ignorando-se se é viva, se morta;²⁴⁴

3º Que os bens tenham ficado desamparados por não ter o ausente, no lugar, mulher, ou pae sob cujo poder estivesse, ou pessoa encarregada de guarda-los.²⁴⁵

São também considerados bens de ausentes:

a) As heranças em que succedem herdeiros ausentes, certos e determinados, isto é: herdeiros ausentes — descendentes, ascendentes ou collateraes dentro do 2º grau por direito canonico notoriamente conhecidos, ou herdeiros nomeadamente instituídos em testamento;²⁴⁶

b) Os quinhões pertencentes á herdeiros ausentes que não tenham no lugar procuradores legalmente authorisados para receberem o que lhes couber, quando a herança não é arrecadada por estar em posse de quem é, segundo a lei, inventariante.²⁴⁷

²⁴⁴ Ord. L. 1, T. 90 prin.; “absentes sem se poder saber se mortos, se vivos.” T. 62, § 38: “absente e fora da terra e se não sabe delle parte.”

²⁴⁵ Ord. cit. T. 90 pr.: “e seus bens stão desamparados por não haver quem delles tenha carrego”.

²⁴⁶ Reg. de 27 de junho de 1845, art. 1, § 1,2,3, art. 2; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 3, § 1, 3 e 4.

A herança se reputa bem de ausente, desde que ha herdeiro ausente, certo e *determinado*, embora delle noticia não haja.

No estado actual da legislação, herdeiro *certo* e *determinado* é aquelle que pode entrar na posse da herança sem dependencia de habilitação. (Reg. de 15 de junho de 1859, art. 3 e 4).

Se o herdeiro certo e determinado tem procurador na terra, nem por isso a herança deixa de ser arrecadada, salvo estando presente quem, segundo direito, deve ficar em posse e cabeça de casal, porque o procurador não pode ser inventariante. (Manual do Procur. dos feitos, § 328 n. 6.)

Mas no caso alludido serve o curador de inventariante e dá partilhas (art. 79, § 2 do cit. Reg. de 15 de junho) devendo o procurador receber o que couber ao herdeiro. Enquanto, porém, se faz o inventario e partilhas, os bens se conservão em poder do curador, e são tidos como de ausentes até que sejam entregues ao procurador.

Quando a herança não se arrecadou porque está na posse de quem legalmente é inventariante, a parte do herdeiro ausente entrega-se ao procurador presente. É o caso do artigo 1, § 3, do Reg. de 27 de junho de 1845 e do art. 3, § 4 do Reg. de 15 de junho de 1859.

²⁴⁷ Reg. de 27 de junho de 1845. art. 2. Reg. de 15 de junho de 1859, art. 3, § 4 e art.9

Da doutrina exposta resulta claramente a diferença entre *bens de ausentes* e herança jacente.

§ 173. II. *Da arrecadação dos bens de ausentes.*

Incumbe ao poder publico providenciar para que os bens de ausentes não fiquem ao desamparo, sujeitos á deteriorações e extravios.

Na guarda e conservação destes bens cumpre o Estado uma dupla missão: defende os direitos do ausente á quem deve protecção, e resguarda o proprio interesse, attenta a possibilidade de lhe virem taes bens a pertencer.²⁴⁸

É esse o fundamento donde derivão as disposições de lei em virtude das quaes devem os bens de ausentes ser arrecadados, inventariados e entregues á administração de um curador.²⁴⁹

Permanecem elles em poder do curador até que: ou appareça o ausente ou seus herdeiros²⁵⁰; ou até que seja o producto de taes bens recolhido aos cofres publicos, quando, provada ou presumida a morte do

A herança é bem de ausente, quando o herdeiro ausente é *certo e determinado*, isto é, herdeiro que pode entrar na posse da herança independentemente de habilitação.

A herança é jacente quando não ha herdeiro *certo e determinado*, ou se não sabe da existencia d'elle, ou quando é repudiada.

Esta distincção tem effeitos importantes, porque a herança, se é de ausentes, fica sujeita á um procedimento diverso. Assim que da curadoria simples, que não termina como a da herança jacente dentro de um anno, passa para a curadoria provisoria.

A nossa antiga legislação só reputava a herança jacente, (para o effeito de ser ella arrecadada e o seu producto recolhido ao Erario), quando não era *addida*, " ou por falta de herdeiros ou por ignorar-se quem elle seja. " Alv. de 28 de janeiro de 1788, § 7. Vej. a ord. L. 1, T. 90, § 1; Lei de 4 de dezembro de 1775, e Alv. de 26 de janeiro de 1801.

Os Regulamentos promulgados entre nós pelo poder executivo acerca desta materia não são tão claros como fora para desejar; todavia nelles nada ha que contrarie a verdadeira doutrina.

A doutrina é esta: a herança é bem de ausentes quando ha herdeiro ausente, *certo e determinado*.

Quem é herdeiro certo e determinado, definem os Reg. acima citados, e nesta parte restringirão a antiga legislação. Vej. o Ass. de 16 de fevereiro de 1786.

²⁴⁸ Av. n. 84 de 28 de julho de 1845: "Regulamentos... cujo fim é segurar a herança dos ausentes e os direitos da fazenda publica; nunca, porém, prejudicar o direito do herdeiro presente.

Todavia nos Regul. alludidos os direitos dos ausentes forão sacrificados aos interesses do fisco.

²⁴⁹ Reg. de 9 de maio de 1842, art. 2, 11, e 12; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 2, 20, 21, 22.

²⁵⁰ Ord. L. 1, T. 62, § 38; Reg. de 9 de maio de 1842, art. 2; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 2.

ausente por ter passado o prazo marcado na lei ²⁵¹, não comparecem nem o ausente nem seus herdeiros.²⁵²

É competente para, todos os actos que entendem com o procedimento judicial relativo aos bens de ausentes, o juiz de orfão do domicilio do ausente, ou o do lugar onde estão os bens quando é ignorado o domicilio.²⁵³

§ 174. III. *Do curador dos bens de ausentes.*

Ao juiz de orfãos logo que tiver conhecimento da existencia de bens de ausentes dentro de sua jurisdição, cumpre dar-lhes curador. ²⁵⁴

O curador, antes de entrar em exercicio, é obrigado á prestar fiança idonea, salvo sendo os bens de pouca importancia e não havendo quem queira encarregar-se de sua guarda e administração com esse onus.²⁵⁵

Para curador prefere-se o parente mais proximo do ausente ou do defuncto.²⁵⁶

Compete ao curador:

1º Promover com diligencia a arrecadação dos bens do ausente, guarda-los e administra-los.²⁵⁷

²⁵¹ Vej. § 176.

²⁵² Reg. de 15 de junho de 1859, art. 57. Os dinheiros de ausentes, recolhidos aos cofres publicos, passados trinta annos, prescrevem á bem do Estado. Lei de 17 de setembro de 1851, art. 32. Antes de prescrever, podem ser demandados pelo ausente ou por seus herdeiros.

²⁵³ Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2. § 4 e 5; Lei de 3 de novembro de 1830; Disp. Provis. art. 20; Reg. de 15 de março de 1842, art. 5 § 7 e Reg. de 15 de junho de 1859, art. 20.

²⁵⁴ Reg. de 15 de junh. de 1859, art. 20,21 22.

A respeito da noticia que os delegados e subdelegados devem dar ao juiz de orphãos das pessoas que tiverem fallecido em seu districto com ou sem testamento e das que se houverem ausentado, veja-se o art. 23 do cit. Reg.

²⁵⁵ Cit. Reg. de 15 de junh. de 1859, art. 20, 3.^a parte.

²⁵⁶ Cit. Reg., art. 80.

²⁵⁷ Cit. Reg. art. 79 § 1º.

2º Representar o ausente em juízo ou fora d'elle, demandando e sendo demandado pelo que lhe disser respeito.²⁵⁸

3º Fazer aproveitar e cultivar os bens de raiz, sob sua immediata administração, ou por arrendamento. Taes bens só podem ser vendidos quando de qualquer demora seguir-se ruina do predio, ou for indispensavel o-seu valor para pagamento de dividas legalmente provadas.²⁵⁹ A venda deve ser feita em hasta publica.

4º Sollicitar a venda dos moveis, e semoventes cuja conservação for prejudicial, e a das acções de companhias, não havendo dinheiro para continuar a fazer as entradas, ou ameaçando ellas baixar de preço.²⁶⁰

5º Cuidar da cobrança das dividas activas.²⁶¹

6º Dar partilha aos herdeiros dos bens do ausente, quando se apresentarem por si ou por seus procuradores. Se não preferirem faze-la amigavelmente.²⁶²

7º Dar cumprimento ao testamento do defuncto, prestando contas no juízo competente.²⁶³

8º Fazer entrega nos cofres publicos da prata, ouro, joias, das apolices da divida publica, do dinheiro arrecadado e do producto das vendas e arrematações.²⁶⁴

²⁵⁸ Cit. Reg. ibidem.

²⁵⁹ Ord. L. 1 T. 90 pr.; cit. Reg. art. 43, 79 § 4, 57.

²⁶⁰ Cit. Reg. art. 38, 40, 79 § 4.

²⁶¹ Cit. Reg. art. 79 § 3.

²⁶² Cit. Reg. art. 79 § 2. Procede isto quando ha arrecadação por não estar presente quem deve ser inventariante: o herdeiro pode receber a sua parte por procurador.

O herdeiro, se é certo e determinado (§, 172, nota 3, pag. 355). não carece de habilitação, mas pode ser obrigado a justificar a identidade de pessoa.

²⁶³ Cit. Reg. art. 79 § 5. Occorre isto, quando nem o testamentario nem o herdeiro instituido estão presentes, ou quando a testamentaria ou a herança não é aceita. O curador não tem direito á vintena porque tem porcentagem.

²⁶⁴ Cit. Reg. art. 79 § 6. No principio de cada mez o curador deve fazer entrega do dinheiro arrecadado no mez anterior, art. 44.

9º Prestar contas da sua gestão quando terminar a curadoria.²⁶⁵

O curador é responsável pelos danos causados por culpa ou negligência, além de incorrer na pena de remoção.²⁶⁶

No caso de não ter havido arrecadação por estar a herança na posse de quem legalmente pode ser inventariante, e constando da existência de algum herdeiro ausente, deve o juiz nomear curador que assista ao inventário e partilhas e arrecade e administre os bens, enquanto os herdeiros não entrarem na posse deles.²⁶⁷

§ 175 IV. *Termo da curadoria simples.*

A curadoria simples termina;

1º. Pelo comparecimento do ausente ou de procurador ou de pessoa que legalmente o represente;²⁶⁸

2º. Pela certeza da morte do ausente;²⁶⁹

3º. Pela instalação da curadoria ou sucessão provisória.²⁷⁰

§ 176 B. *Da curadoria ou sucessão provisória.*

1. *Quando se defere a curadoria provisória.*

A curadoria ou sucessão provisória é deferida nos casos seguintes:

²⁶⁵ Ord. L. 1. Tit. 90.

²⁶⁶ Cit. Reg. art. 81. Na falta do curador responde o fiador.

²⁶⁷ Reg. de 27 de junh. de 1845, art. 2º Reg. de 15 de junh. de 1859, art. 9

²⁶⁸ Reg. de 9 de maio de 1842, art. 2º; Reg. de 15 de junh. de 1859, art. 2.

²⁶⁹ Nesta hypothese entram os herdeiros do ausente na posse da herança; não havendo herdeiros, o producto dos bens é recolhido aos cofres publicos. Cit. Reg. de 15 de junh. de 1859, art. 57.

²⁷⁰ Ord. L. 1. T. 62 § 38. Reg. de 15 de junho de 1859, art 47.

1º Quando, tendo o ausente deixado procurador na terra, são passados dez annos depois das ultimas noticias delle havidas;²⁷¹

2º Quando, não tendo deixado procurador, são passados quatro annos depois das ultimas noticias;²⁷²

2º Quando, tendo-se embarcado, não ha noticia depois de dous annos nas viagens mais dilatadas, nem da chegada do navio ao porto de seu destino ou a outro qualquer, nem do proprio ausente;²⁷³

Em qualquer destas hypotheses o ausente se presume morto, é como tal havido e abre-se-lhe a successão, deferindo-se a herança provisoriamente aos herdeiros instituidos em testamento, ou não havendo testamento, aos que de direito lhe devem succeder.²⁷⁴

§ 177. 2. *Como se defere a curadoria provisoria.*

Esta curadoria por isso que não é senão uma successão provisoria, deve de ser deferida aos herdeiros instituidos em testamento, ou, em falta de testamento, aos parentes, á quem, segundo o direito de successão, compete herdar do ausente, quer esses parentes sejam maiores ou menores, quer varões ou mulheres.²⁷⁵

O direito á successão é regulado pela proximidade do parentesco, não ao tempo em que se realisou a ausencia, mas ao tempo em que se completou o praso da lei para a presumpção da morte.²⁷⁶

²⁷¹ Reg. de 15 de junho de 1859, art. 47 § 1º

²⁷² Cit. Reg. ibidem. O juiz deve ter muito em vista os motivos da ausencia e as causas que obstão a falta de noticia. art. 47, § 1º

²⁷³ Cit. Regulamento ibidem; Lei de 15 de novembro de 1827. Se a viagem não é das mais dilatadas, pode deferir-se a curadoria provisoria antes de passados os dous annos? Parece que sim, havendo justo fundamento para julgar-se a embarcação perdida.

²⁷⁴ Ord. L. 1. T. 62 § 38; Regim. do Dezemb. do Paço, § 50; lei de 15 de novembro de 1827, e Reg. de 15 de junh. de 1859. art. 47. Lob. Not. Mello. L. 2º T. 12 § 12. n. 13 e seguintes; Coelho da Rocha.

²⁷⁵ Ord. L. 1º T. 62 § 38; Regim. do Dezemb. do Paço, § 50; Lob. Not. á Mello L. 2 T. 12 § 12 n. 13 e seg.; B. Carneiro L, 1º T. 32 § 282 n. 2 Reg. Dig. Port. P. II., art 758.

²⁷⁶ Guerreiro Trat. 4, L. 4, cap. 12 D. 21; B. Carneiro, cit. § 282 n. 9; Coelho da Rocha § 396. O cod. civil fran. chama á curadoria provisoria os parentes que devião succeder ao ausente ao tempo do desaparecimento ou das ultimas noticias, (art. 120). Esta

Provado, porém, o tempo em que realmente faleceu o ausente, como a presumpção cede á verdade, deve a successão neste caso ser determinada pela época do fallecimento.²⁷⁷

O parente ou parentes á quem de direito pertence á successão do ausente, devem habilitar-se como taes perante o juiz de orphãos²⁷⁸ que decretou a arrecadação dos bens, salvo se são daquelles, que independentemente de habilitação podem entrar na posse da herança.²⁷⁹

Corre a habilitação contra o curador dos bens²⁸⁰; devem de ser citados por editaes com praso de um anno o proprio ausente e quaesquer interessados;²⁸¹ são ouvidos os agentes do fisco.²⁸²

Nos artigos de habilitação deve o pretendente declarar:

1º O nome, morada e profissão do ausente; os nomes do pae e mãe e quantos filhos e netos lhe ficarão;

2º Quaes os parentes mais chegados e onde são residentes;

3º Como, por não haver parente mais proximo, lhe compete a successão;

4º Quaes os bens do ausente com especificação de seus valores;

disposição é inaceitavel perante o nosso direito, segundo o qual a presumpção de morte resulta *de se haver completado o praso da lei tem que durante ella houvesse noticia do ausente*.

²⁷⁷ B. Carneiro, cit. § 282 n. 10.

²⁷⁸ Reg. de 9 de maio de 1842, art. 32; Reg. de 15 de junho de 1859, art 47 § 2

²⁷⁹ Ascendentes, descendentes ou collateraes dentro do 2º grau notoriamente conhecidos.

Poderão receber a curadoria provisoria sem dependencia de habilitação parentes que não entrando em nenhuma daquellas especies, tem todavia direito incontestavel, *certo e indubitavel* á herança nos termos do Assento de 16 de fevereiro de 1786?

Parece-me que não, porque se não ha descendentes, ascendentes ou collateraes dentro do 2º grau notoriamente conhecidos, os bens do ausente tornão-se na hypothese figurada herança jacente.

²⁸⁰ Perdigão Malheiro, Manual, § 384 e nota 636; Reg de 15 de junh. de 1859, de 47 § 3.

A acção corre contra o procurador do ausente quando este deixou procurador que está em posse dos bens e são passados dez annos depois das ultimas noticias.

²⁸¹ Cit. Reg. de 15 de junho de 1859, art. 47 § 3. Os editaes são afixados nos lugares do estilo e publicados nas folhas da capital da provincia.

²⁸² Cit. Reg. de 15 de junho de 1859, art. 47 § 2 e art 36.

5º Que é passado o prazo da lei (dez, quatro ou dois annos, segundo a hypothese) sem se saber noticia do ausente, que se presume morto.²⁸³

Julgada procedente a habilitação, são os bens por ordem do juiz entregues ao herdeiro ou herdeiros habilitados, prestando elles um só fiador abonado, residente no lugar e que nelle possua bens de raiz.²⁸⁴

O fiador deve de obrigar-se por escriptura publica a responder pela restituição dos bens como depositario e principal pagador.²⁸⁵

Da entrega dos bens lavra-se termo assignado pelo juiz e herdeiros e nelle se especificão os bens com declaração do seus valores e rendimentos.²⁸⁶

§ 178 3. *Direitos e obrigações do curador provisorio.*

O curador provisorio assume antecipadamente a posição de herdeiro. Nesta qualidade exercita todos os direitos e toma todas as obrigações, que pertencião ao ausente até o dia em que este é reputado morto.²⁸⁷

Assim que: não é obrigado á dar contas, salvo ao ausente se apparece, ou á parente mais proximo que venha exclui-lo.²⁸⁸

²⁸³ Ord. L. 1. T. 62 § 38.

²⁸⁴ Cit. ord. ibidem. Sendo muitos os herdeiros, repartem-se entre elles os bens conforme as partes que lhes competem; mas todos dão um só fiador. Serve de inventariante o curador; os herdeiros podem fazer a partilha amigavelmente, caso em que lhes são entregues englobadamente os bens. Perdigão Malheiro, nota 636; Reg. de 15 de junho de 1859, art. 79 § 2.

Da sentença á favor do habilitando, excedendo a causa o valor de 2:000\$, ha appellação *ex-officio* para a Relação, art. 46 e 48 do cit. Reg. de 15 de junho de 1859.

²⁸⁵ Cit. ord. L. 1. T. 62 § 38. Se o fiador é casado, ha mister outhorga da mulher.

Se o herdeiro não presta fiança, ou a fiança prestada falle? Vej. Lobão Not. a Mello, L. 2. T. 12 § 12 n. 19.

²⁸⁶ Ord. L. 1. T. 62 § 38. A justificação e a escriptura de fiança, tendo havido inventario, se lhe junta e neste lavra-se o termo de entrega. B. Carneiro, cit. § 282 n. 2.

²⁸⁷ Lobão Not. á Mello, L. 2. T. 12 § n. 10 e 11. Rocha § 397; Cod. Civil Port. art. 71 e 72.

²⁸⁸ Lob cit. n. 11.

Todavia, como seus direitos pendem de condição resolutiva²⁸⁹, não pode dispor dos bens immoveis.²⁹⁰

Por morte do curador passam os bens á seus herdeiros com o mesmo caracter de successão provisoria e com os mesmos onus.²⁹¹

Se apparece o ausente, o curador provisorio é obrigado á restituir-lhe todos os bens que recebeu, o valor dos que houverem sido alienados ou aquelles em que forão subrogados, com todos os fructos e rendimentos percebidos.²⁹²

Não se lhe póde, porém, recusar direito a uma justa retribuição pelo trabalho de administrar e guardar os bens do ausente.²⁹³

§ 179. 4. *Do termo da curadoria provisoria.*

A curadoria provisoria termina:

1º Pelo apparecimento do ausente;²⁹⁴

2º Quando ha certesa de sua morte;²⁹⁵

3º Quando por ter completado setenta annos, se presume definitivamente morto.²⁹⁶

²⁸⁹ O apparecimento do ausente, ou de herdeiro mais proximo.

²⁹⁰ Rocha § 397: Cod. Civil Port., art. 76. O citado cod. permite a venda, quando d'outro modo se não pode: salvar qualquer divida do ausente, ou evitar a ruina d'alguma propriedade, ou custear as benfeitorias; deve porém preceder licença do juiz competente.

²⁹¹ Lob loc. cit. n. 12; R. Carneiro, L. 1. T. 33, § 282 n. 16.

²⁹² Ord. L. 1. T. 62 § 38; Reg. de 15 de junh. de 1859, art. 2. Da citada ord.: " declarando no termo da entrega a fazenda que é e o que vai e *rende* " se tem dedusido que o curador provisorio é obrigado á restituir todos os rendimentos. Guerreiro, Tract. 4, L. 1 cap. 2; Dig. Port. P. II art. 760 nota (a). O cod. civil fran. (art. 127) e o portuguez (art. 80 e 81) dão direito ao curador para reter todo o rendimento liquido ou parte delle, segundo a duração da curadoria.

²⁹³ Não ha lei expressa, mas pelo principio que ninguem é obrigado á prestar á outrem serviço gratuito. Não chegando as partes á accordo sobre o quanto da retribuição, deverá ella ser taxada á juizo de arbitradores.

²⁹⁴ Ord. L. 1 T. 62 § 38; Reg. de 16 de junh. de 1859, art. 2.

²⁹⁵ Ord. e Reg. cit. Lobão Not. á Mello, L. 2, T. 12 § 12 n. 11; B. Carneiro, § 282 n. 1º

Verificada qualquer destas duas ultimas hypotheses (n. 2 e 3), o curador provisorio é tido como herdeiro definitivo; e, pois, alliviado da caução, dispõe livremente dos bens como seus.²⁹⁷

Todavia, como a presumpção cede a verdade, á qualquer tempo que appareça o ausente, devem lhe ser entregues os bens.²⁹⁸

Se a curadoria provisoria cessa pela certeza da morte do ausente e á este tempo os herdeiros que lhe devem succeder são diversos dos que tinham obtido a curadoria, á esses taes e não a estes deve ser deferida a herança.²⁹⁹

Mas se a curadoria termina por ter o ausente feito setenta annos, a transmissibilidade da herança regula-se pelo tempo em que se completou o praso da lei para decretar-se a curadoria provisoria³⁰⁰, e não pelo tempo em que o ausente faz setenta annos.³⁰¹

²⁹⁶ Lobão, Dissert. 2 da collecç. § 21 e seg.; B. Carneiro, cit. § 282 n. 9; Digest. Port. P. II, art. 761; Rocha § 398; cod. da Prussia, P. II, Tit. 18, art. 830.

Esta é a opinião por *commun e geral* consenſo acceita em nosso foro. O Sr. Dr. Perdigão Malheiro no seu excellent Manual do Procurador dos feitos (nota 695) suggere o alvitre de tomar-se o termo de trinta annos para a extincção da curadoria provisoria, devendo-se, passado o dito praso, reputar-se o ausente definitivamente morto, já por ser este o termo da prescripção geral (ord. L. 4, T. 79) já por ser o da prescripção dos dinheiros de ausentes em favor do Estado. (Lei de 17 de setembro de 1851, art. 32).

²⁹⁷ Dig. Port. P. II, art. 761 e 762; Rocha § 398.

²⁹⁸ B. Carneiro, cit. § 282 n. 10; Linh orph. not.; Perdigão Malheiro, Manual, nota 695.

²⁹⁹ B. Carneiro, cit. § 282 n. 10; Lobão, Dissert. Cit. § 28 e 29.

³⁰⁰ De dez, quatro ou dous annos segundo a hypothesis. Reg. de 15 de junh. de 1859, art. 47 § 1.

³⁰¹ B. Carneiro, cit. § 282 n. 9; Rocha § 398 nota. Lobão sustenta a opinião que a transmissibilidade da herança deve ser fixada ao tempo em que o ausente completa setenta annos, Dissert, cit. § 12 e 40. Não nos parece fundado o parecer de Lobão. "... Si o ausente não apparece depois, nem ha noticias certas delle, a presumpção da morte, estabelecida pela primeira sentença que deferiu a curadoria, converte-se em certeza em favor dos parentes que a obtiverão e que transmittirão á seus herdeiros o direito que della resultava. Nada mais resta depois senão declarar que acabou a curadoria provisoria e que os curadores ou seus herdeiros ficão senhores dos bens," Rocha nota § 398.

NOTAS

NOTA I

—

(§ 9.)

A nossa legislação acerca dos casamentos, modelada pelas formulas estreitas e acanhadas de idéas retrogadas e incompatíveis com a civilização moderna, carece de reformas que francamente a ponhão em harmonia com os principios de justiça e com as necessidades do tempo.

A lei de 11 de setembro de 1861 foi um ensaio tímido e contradictorio.

Teve essa lei por fim dar sancção civil aos casamentos entre membros das religiões dissidentes: fez, é verdade, uma concessão, mas impoz uma clausula tyrannica: — exigiu — que os ditos casamentos só fossem recibidos como validos quando celebrados conforme os usos e prescripções das religiões dos contrahentes.

Que horror ao casamento civil!

Era impossivel forçar os contrahentes não catholicos á se casarem segundo a forma estabelecida pela igreja catholica. Pois bem! obrigarão-os a se casarem segundo os ritos e prescripções de suas religiões!

Quebrantar a liberdade de consciencia em nome da religião que professão os authores da violencia, era usança antiga; mas violentar a consciencia em nome de uma religião que declaração falsa, é um requinte de superstição, que desconhecirão os seculos mais barbaros.

A citada lei, além de tyrannica, é defectiva;

1º Deixou o casamento mixto sob a lei canonica. As cautellas que a lei canonica exige para permittir o casamento entre catholicos e acatholicos importão o sacrificio de direitos muito preciosos e sublevão escrupulos respeitaveis nas consciencias delicadas.

2º Exige requisitos para a celebração do casamento, difficeis de preencherem-se no Imperio. O casamento não pode ser celebrado senão por pastores ou ministros, revestidos de certas qualificações. Onde, pois, não reside ministro ou pastor, e é o que acontece na generalidade dos lugares, torna-se completamente inutil a concessão da lei, como o vai demonstrando a experiencia de todos os dias.

O melhoramento trazido pela citada lei de 11 de setembro de 1861 reduz-se pois á proporções bem mesquinhas.

E por isso continua energica a instancia por uma nova lei.

Os escrupulos dos catholicos e os direitos e a liberdade de consciencia dos membros das seitas dissidentes serão perfeitamente respeitados em uma lei que tomasse por base de seu plano de reforma estas duas idéas capitaes, á saber:

1.^a Que os casamentos entre catholicos continuem á ser celebrados pela forma estabelecida na igreja catholica;

2º Que os casamentos entre as pessoas não catholicas e o misto (entre parte catholica e acatholica) sejam celebrados por escriptura publica, como meros contractos civis.

Casamento catholico para os catholicos; casamento civil para os acatholicos: eis em substancia o sisthema da lei portugueza consagrado no codigo civil.

“Os catholicos celebrarão os casamentos pela forma estabelecida na igreja catholica. Os que não professarem a religião

catholica celebrarão o casamento perante o official do registo civil, com as condições e pela forma estabelecida na lei civil. " Cod. Civil Port. artigo 1067.

Porque não imitaremos nós o exemplo que nos é dado por uma nação que em todos os tom posse tem distinguido pela sua inabalavel fidelidade ao catholicismo?

Na França, na Prussia, Austria, Suissa, Paezes-Baixos, e nos Estados-Unidos o casamento civil e hoje uma instituição aceita.

A própria Curia Romana tão habil em conciliar os direitos eternos da religião com os interesses mundanos, tem dado acerca deste assumpto, documentos de uma tolerancia esclarecida e inteligente.

Benedicto XIV, acerrimo defensor da fé, um dos mais illustres successores de S. Pedro, declarou suficiente perante a igreja a pratica usada nos Paezes Baixos de ao sujeitarem ás formalidades civis o casamento entre catholicos o acatholicos. (C. Matrimonia, ao. 1741)

Uma semelhante decisão foi tomada para as dioceses do oeste da Prussia por Pio VIII (Const. *Litteris altero*, an. 1830.)

NOTA II

—
(§ 39.)

As apolices da divida publica não entram na classe dos immoveis.

É certo que a legislação portugueza (Alvarás de 3 de janeiro de 1775, § 5, de 13 de março de 1797, §§ 5 e 7, de 23 de janeiro e de 7 de março de 1801, § 4,) equiparava as antigas apolices e os *padrões de juro* aos bens de raiz.

Esta legislação, porém, não pode ser aplicada ás nossas apolices, taes como as creou a lei de 15 de novembro de 1827.

As apolices da divida publica não são por sua natureza *immoveis*; só a lei pode adjectivar-lhes esse *character ficticio*. Mas a citada lei de 15 de novembro que as creou e definiu, não lhes attribuiu semelhante qualificação; portanto é claro que ficarão na classe dos moveis á que naturalmente pertencem.

Não colhe o argumento em contrario tirado da ord. L. 3 T. 47, a qual attribue ás *rendas perpetuas e vitalicias* a natureza da immoveis. *Renda perpetua*, na linguagem do nosso antigo Direito, era a que andava *inseparavelmente* ligada á vida de um individuo e por sua morte passava a seus herdeiros; a lei a denominava juro. Mello, L. 2, T. 3, § 25 nota.

Renda vitalicia é propriamente a que é concedida por toda a vida, e se extingue com a morte do pensionario: chama-se em Direito *tença*. Mello loc. cit.

São inalienaveis, tanto umas como outras. (Ord. L. 4, T. 55).

Assim que a perpetuidade e a inalienabilidade entram em ambas como elementos essenciais.

As nossas apólices, porém, não andão inseparavelmente ligadas à vida do possuidor; — são verdadeiros títulos comerciais transferíveis; falta-lhes, pois, um elemento essencial para constituírem renda vitalícia ou perpetua: a inalienabilidade.

Nem mesmo em sentido absoluto seria correcto dizer que ellas são rendas perpetuas, porquanto devem de ser periodicamente resgatadas. Lei de 15 de novembro de 1827, art.

Do exposto segue-se:

Que as apólices não são rendas vitalícias ou perpetuas.

Que, portanto, não podem como taes ser equiparadas à imóveis.

E tal tem sido a intelligencia consagrada pela pratica. Na Caixa da Amortisação não está em uso nem nunca esteve o exigir-se outorga da mulher para que o marido possa transferir as suas apólices.

NOTA III

—
(§ 42)

A mulher casada não pode commerciar sem authorisação do marido. Esta materia é regulada por disposições especiaes. A authorisação deve ser expressa, por escriptura publica, transcripta no registro do commercio e não pode ser concedida senão ás mulheres maiores de dezoito annos: Art. 1. § 6 do Cod. Com. Todavia se a mulher antes do casamento já era commerciante, presume-se authorisada á continuar, se o marido não manifestar vontade em contrario pelos meios legaes. Cit. Cod. art, 29.

A authorisação para commerciar reveste a mulher de capacidade para todos os actos que entendem com a profissão mercantil.

Assim, pois, para o que for relativo ao seu negocio pode alienar, obrigar e hypothecar os bens dotaes, parafernaes, os adquiridos no commercio e os direitos e acções em que tiver communhão, sem que em nenhum caso lhe seja permittido invocar em seu favor o Veleano, ou qualquer outro privilegio. Cod. Cit. art. 27 2.^a parte.

Nesta faculdade não se comprehende a de obrigar os bens proprios do marido, adquiridos antes ou na constancia do matrimonio, tendo sido os respectivos titulos oportunamente registrados, nem os de raiz communs sem authorisação especial do marido, provada por escriptura publica inscripta no registro do commercio. Cit. Cod. art. 27 1.^a parte.

A redacção deste artigo á defeituosissima, como observa o sabio author da consol. das Leis Civis, em nota ao art. 124.

1º Permite o citado art. que a mulher possa obrigar os bens próprios do marido adquiridos antes do casamento, se quinze dias depois do mesmo não forem os respectivos títulos registrados; nada porém acrescenta quanto aos bens próprios do marido moveis ou immoveis *adquiridos na constancia do matrimonio*.

2º Declara que a mulher não pode obrigar os bens de raiz comuns sem authorisação especial do marido; poderá, porém, alienar os de raiz, próprios do marido, adquiridos antes do casamento, não tendo sido os respectivos títulos oportunamente registrados?

O artigo é evidentemente obscuro e insuficiente. Cumpre pois, interpreta-lo e completa-lo com as disposições anologas do mesmo cidigo. Incivile est, nisi tota lege perspectâ unâ aliquâ particulâ ejus propositâ, vel judicare, vel respondere. (Fr. 24 D. de legibus).

Aos bens próprios do marido adquiridos na constancia do matrimonio deve ser applicada a disposição do art. 874 § 6 n. 2 do C. Com. Segundo a citada disposição, os actos do marido commerciante não obrigão os bens próprios da mulher adquiridos na constancia do matrimonio, uma vez que os respectivos títulos e documentos tenham sido registrados dentro de quinze dias depois do recebidos. Ha perfeita analogia nas duas hypotheses. A razão de direito que dictou a disposição do alludido § 6 n. 2 do art. 874, prevalece com igual força tanto para uma como para outra hypothese. Ubi eadem est legis ratio, ibi eadem esse debet legis dispositio.

Assim, pois, a mulher commerciante não pode obrigar os bens próprios do marido adquiridos na constancia do matrimonio se os respectivos títulos tiverem sido registrados nos quinze dias subsequentes ao em que forem recebidos.

Quanto aos immoveis adquiridos pelo marido antes ou na constancia do matrimonio, a mulher commerciante jámais poderá dispor delles sem especial authorisação.

É expresso no citado artigo que a mulher não pode obrigar os immoveis communs sem permissão especial. Portanto por força de maior razão sem a dita authorisação não pode obrigar os immoveis proprios do marido, quer adquiridos antes, quer na constancia do matrimonio.

NOTA IV

§ 54. — Pactos successorios.

São nullos perante o direito civil brasileiro, todos os pactos successorios, ainda mesmo quando estipulados nas convenções matrimoniaes.

A ord. L. 4, T. 70, § 3, declara reprovados e como taes absolutamente nullos os pactos de *succedendo*, isto é, os pactos pelos quaes alguém ou promette á outrem institui-lo herdeiro ou transfere á terceiro o direito de succeder na herança de pessoa viva.

Quanto aos pactos de *non succedendo* (de renuncia do direito de succeder á pessoa viva), a ord. citada, § 4, os permittia, mas sob a condição de serem confirmados por juramento, impetrada para esse fim a competente licença do Desembargo do Paço. (Regim. do Desemb. do Paç. § 87).

É hoje impraticavel entre nos a dispensa para o juramento de confirmação; porquanto a attribuição de concede-la, não tendo sido transferida para as authoridades da nova organização judiciaria, entende-se abolida. Art. 7 da Lei de 22 de setembro de 1828.

E pois o pacto de *non succedendo* não pode subsistir e produzir effeitos legaes, porque é impossivel completa-lo com juramento.

Os pactos de *non succedendo*, inseridos nas convenções matrimoniaes, tambem carecião do juramento para que podessem valer.

Esta intelligencia resulta ineluctuavelmente dos termos absolutos do citado § 4 da ord. L. 4, T. 70.

O direito canonico, á que a cit. ord. faz expressa allusão nas palavras: porque ainda que tal contracto em alguns casos por direito não valha, pode se confirmar segundo direito canonico por juramento é terminante á respeito.:

"Quam vis pactum patri factum à filia, dum nuptui tradebatur, ut, dote contenta, nullum ad bona paterna regressum haberet, improbet lex civilis, tamen juramento, non vi, nec dolo proestito, firmatum fuerit, omninó servari debebit ." C. 2 de pact. in VI (1. 18.)

E tal foi sempre a pratica, segundo é attestado pelos escriptores do Direito Patrio.

Tractando da renuncia de herança nas convenções matrimoniaes, Lobão diz:

"Emquanto subsiste a ord. L. 4, T. 70 e se não assentar que hoje tem cessado os fins que queria occorrer esta ord..... é indispensavel que *estas renunciás se firmem com juramento e facilmente para este fim costuma o desembargo do Paço actualmente conceder dispensas á dita ord.*" Notas á Mello, L. 2, T. 9, § 25, n. 8. E adiante n. 10, continuando no mesmo assumpto: "São nullos os pactos jurados, a menos que não haja provisão."

Veja-se ainda a Dissert. 13, no supplemento ás *Segundas Linhas*, § 33 e 90.

Ensina a mesma pratica Corrêa Telles, Manual do Tabelião, § 143 e 144 e Digest. Port. P. II, art. 126.

Á vista do exposto é irrecusavel que os pactos de *non succedendo* nas convenções matrimoniaes são hoje impraticaveis. Sem a confirmação do juramento esses pactos não valem, mas como prestar o juramento, se não ha authoridade que tenha faculdade para conceder a dispensa necessaria?

A disposição do § 8 da lei de 17 de agosto de 1761 não pode ser invocada em apoio da doutrina contrária.

Eis as palavras do citado § 8:

"... possam estipular com seus respectivos esposos assim para a vida como para a morte as reservas e condições que lhes parecer, como *athé agora se praticou sem a menor diferença.*"

Estas palavras são claras á não deixar a menor duvida. A lei nao creou direito novo, antes formalmente confirmou o direito existente: "como athe agora se praticou sem a menor diferença."

Se antes era necessaria a comfirmação por juramento para que valessem os pactos successorios estipulados nas convenções matrimoniaes; depois da lei e por força de disposição nella contida, continuou á substituir a mesma necessidade.

E assim se entendeu praticamente como testemunhãõ Lobão e Corrêa Telles que escreverão muitos annos depois da promulgação da dita lei.

Resta finalmente observar que o pacto de que o marido lucrará o dote, premorrendo a mulher sem filhos, é valido, porque nao era reprovado pelo direito Romano (fr. 2, D. de pact.) ao qual allude a citada ord. L. 4, T. 70, § 4. Mello, L. 2, T. 9 § 25.

NOTA V

—
(§ 55)

Segundo a lei franceza communicão-se os moveis que os conjuges possuem ao tempo do casamento, os moveis e immoveis adquiridos na constancia do matrimonio e os fructos e rendimentos de todos os bens do casal.

São, porém, incommunicaveis os immoveis que os conjuges possuem antes do casamento e os que de futuro adquirem por successão ou doação. (Cod. civil art. 1401 e seguintes.)

Assim que, no casamento segundo o regimen da communhão do cod. civil francez, ha tres patrimonios distinctos:

- 1°. Patrimonio do marido;
- 2°. Patrimonio da mulher;
- 3°. Património commun.

A discriminação dos elementos constitutivos de cada um destes patrimonios, ás indemnisações reciprocas, as questões de bens subrogados o de bens adquiridos *en remploi*, fazem deste assumpto um dos mais difficeis do direito francez e tornão complicadissimas as partilhas, tao simples no regimen da communhão universal de bens. (Vej. Murlon, Repet. Ecrit, L. 3, T. 5, cap. 2 sect. 1.)

NOTA VI

—
(§ 56)

Sustentão alguns escriptores que a communhão é sempre *convencional*. Se não ha pacto expresso, observão elles, subentende-se o pacto tacito entre os conjuges de se conformarem com a disposição da lei. (Voet, ad Pandect, L. 23, T. 2, n. 86; Caldas in Leg. Si curatorem, n. 7; Mourlon, Repet. Ecrit., L. 3, T. 5, n. 23.)

A questão pode ser formulada assim:

“No caso de não haver pacto expresso, resulta a communhão do pacto tacito presumido pela lei, ou simplesmente do decreto, da determinação da lei?”

O sentido, em que esta questão for resolvida, influe na solução de pontos importantes attinentes ao assumpto.

Tenho para mim, que a communhão, não havendo pacto expresso, resulta directamente da lei, ex *potestate* legis, e não da presumpção de pacto tacito.

A lei decreta a communhão como effeito do casamento consumado; permite, porém, ás partes alterarem ou suprimirem no todo ou em parte este effeito por meio de convenção previa. Se as partes não usão deste direito, prevalece o effeito da lei.

Assim: a lei não presupõe pacto tacito, mas consente que o seu effeito seja modificado por pacto expresso; não supre a vontade das partes, mas consente que pela vontade expressa dellas possão os effeitos de sua disposição ser alterados ou suprimidos.

... Falsum est ejus fundamentum in tácito consensu quaerendum esse et sic contractum societatis inter conjuges initum fuisse. Boehm. Exercit. 70, § 16; Mello, L. 2. T. 8, § 3.

Corollario da doutrina exposta:

Do casamento, em que um dos contrahentes ou ambos são menores ou interdictos, resulta a comunhão legal, sem embargo de haver sido contraindo sem o consentimento do tutor, curador ou do juiz de orfãos. Mello, L. 2, T. 8, § 6; B. Carneiro, L. 1, T. 13, § 127, n. 9; Barb. ad ord. L. 4, T. 46, § 1, n. 8.

Mas se a comunhão, na falta de convenção, deriva do pacto tácito entre as partes, como solver a questão, sendo os contrahentes menores ou interdictos; se não se pode presumir pacto entre pessoas incapazes de contractar?

NOTA VII

—
(§ 62)

Julgão algns escriptores impraticavel a disposição da ord. L. 4, T. 95, § 4 na parte em que sujeita á execução na constancia do matrimonio, por dividas anteriores, a metade dos adquiridos, por ser impossivel saber antes da partilha o que ha de adquiridos, e não poderem os credores require-la. (Pereir. Decis. 50, n. 6.)

Parece-nos improcedente esta observação. Os credores não carecem de requerer partilhas; é-lhes licito penhorarem metade dos bens que julgarem adquiridos. Se na realidade não ha *adquiridos* ou se o conjugue não devedor entende que a execução comprehende mais da metade dos adquiridos, cabe-lhe o recurso de embargar a penhora, e ahi abre-se-lhe espaço para demonstrar por todo o genero de provas os fundamentos de seus embargos. (Cfr. Pereira e Souza, nota 890; Lob. Not. á Mello, L. 2, T. 8, § 14, n. 52; Mor. Execution., L. 6, cap. 8, n. 52, verb. "in matrimonio vero.")

—
É possivel dar-se conflicto entre os credores pelas dividas anteriores ao casamento e os credores por dividas do casal, quando deduzida a metade dos adquiridos, os do casal não são suficientes para pagamento de suas dividas.

Este conflicto não pode ser resolvido senão pelo rateio dos adquiridos por uns e outros credores, a não ter algum delles titulo especial de prelação.

1º Porque a ord. citada não dá privilegio algum aos credores pelas dividas anteriores (Pereira, Decis. 86, n. 3.) e não pode haver prelação entre credores senão em virtude de disposição de lei.

2º Porque o conjuge que contrahiui as dividas anteriores, é tambem obrigado pelas dividas feitas na constancia do matrimonio.

Na hypothese de dissolver-se a sociedade conjugal sem que estejam pagas as dividas anteriores, devem ellas ser cobradas pela meação do conjuge devedor, como ficou exposto no § 62.

Na opinião, porém, de B. Carneiro (L. 1, T. 13, § 129, n. 12) seguida na Consolidação das leis civis (nota 1 ao art. 116) “findo o matrimonio deve primeiro pagar-se a divida pelos bens do conjuge devedor; e os que restarem, communicão-se aos do outro conjuge para fazer-se a somma partivel.”

Por esta solução o conjuge não devedor vem á ficar prejudicado contra a letra da ord., como claramente se vê do exemplo seguinte.

Figure-se que o conjuge não devedor entrou para o casal com bens no valor de 10:000\$ e o outro conjuge com bens de igual valor; orcem-se os adquiridos em 10:000\$; suponha-se que a divida anterior sobe a 10:0000\$.

Na opinião de B. Carneiro com os bens do devedor (10:000\$) faz-se o pagamento da divida (10:000\$); fica, portanto, na hypothese figurada o monte partivel redusido a 20:000\$ (importancia dos bens do outro conjuge e dos adquiridos).

É evidente o prejuiso do conjuge não devedor; pois que tendo entrado para o casal com 10:000\$ e tendo direito á 5:000\$, metade dos

adquiridos, só sahe com 10:000\$, perdendo 5:000\$ em favor dos credores.

Onde fica, pois, o principio de que o conjuge não devedor não é em *tempo algum* obrigado ás dividas anteriores do outro, nem pelos bens que de sua parte trouxe, nem pela metade nos adquiridos?

—————

Não será inutil ao leitora transcrição do texto de Moraes, citado á nota 6 do § 62.

Ei-lo:

Tunc eatenus in ejus bonis executio peragenda est; quantum ultra valorem bonorum, quibus casale intravit, ex bonis debitoris conjugis acquisivit, ita ut si nulla bona in casale intulit, omnia quae nunc possidet, ex communicatione capitalium conjugis debitoris habuit, cum ita sibi per executionem auferri possunt: et si intulit in matrimonium decem possidetque undecim, quia forte conjugis debitor in casale intulit duodecim, tantum in illo unico nummo executio peragetur. Execut. L. 6, cap. 8, n. 66.

Veja-se tambem Valasc. Partition. cad. 23, n. 11.

NOTA VIII

§ 76

Por Direito Romano era o pae obrigado a dotar a filha, o avô paterno a neta (fr. 19 D. de ritu nupt., (23,2); fr. 69 § 4 D. de jur. dot., const. 7 C. de tot. promis. 5,11) e ainda a mãe á filha se ella era rica e o marido pobre. (Const. 14 C. de jur. dot. 5,12.) Alguns interpretes não duvidarão sustentar que era tambem o irmão obrigado á dotar a irmã. E houve até quem se propuzesse demonstrar que a propria esposa não se podia eximir de constituir-se dote, se tivesse fortuna. Makeldey § 554 n. 2 e not. 7.

Terão passado estas disposições para o direito patrio? Tenho para mim que não, apesar da opinião em contrario de quasi todos os nossos escriptores, antigos e modernos.

Fundo a minha convicção nos elementos seguintes:

1º Por direito natural os paes são sómente obrigados á alimentar os filhos enquanto não podem elles prover á sua subsistencia.

Esta obrigação, porém, não comprehendê a de dar-lhes dote para casamento.

Assim pois as citadas disposições não tem por fundamento o direito natural, senão a maxima peculiar da politica dos romanos, segundo a qual era mister facilitar os casamentos, como meio de augmentar a população, constantemente dizimada pelas guerras crueis em que sempre andou aquelle povo envolvido.

2º O dote proveniente do pae, da mãe ou dos avós fica sujeito a collação; é, portanto, adeantamento de legitima.

O pae pode livremente fazer adeantamento de legitima aos filhos; nisto nada ha de estranhavel; força-lo, porém, á faze-lo contra sua vontade, como acontece quando é condemnado em juizo á dotar a filha, vale tanto como obriga-lo á deferir ainda em vida parte da sua herança: o que é contra a indole do Direito.

3º Não ha em toda a nossa legislação antiga ou moderna um só texto, do qual se dedusa, ainda remotamente, a acceitação do Direito Romano neste assumpto.

Antes pelo contrario sempre que as nossas leis alludem á dote, presumõem que seja elle livremente dado pelos paes. Ord. L. 4, T. 4 T. 97 §§ 1, 3, 4 e 6.

Ainda mais. A legislação patria regulou minuciosamente a materia dos alimentaos. (Ord. L. 4, Tit. 99 e Ass. de 9 de abril de 1772.) A questão de alimentos segundo a antiga doutrina, tinha tanta connexão com a de dotes que alguns escriptores falsamente entendião que *valet argumentum de uno ad alterum*. (Barbos, ad. L. 4, Tit. 99 § 1º n. 14.) Pois bem; apesar de ser a lei tão minuciosa em materia de alimentos, uma só palavra não contem que se refira á obrigação do pae dotar a filha.

Nas circumstancias expostas este silencio da legislação não é uma simples ommissão

4º Nem os Praxistas antigos, nem os modernos dão noticia de estar em pratica a acção de pedir dote aos paes. Lobão que se esforça por fazer prevalecer a opinião que combato, confessa que a acção de demandar dote é frequentemente substituida pela de alimentos. (Not. a Mello. L. 2, Tit. 9, § 5 n. 2).

Entre nós tambem nao está em uso semelhante acção.

E pois, ainda mesmo quando tiveramos lei escripta impondo aos paes a obrigação de constituirem dote ás filhas para casamento, uma

tal lei estaria hoje abrogada pelo não-uso. Rectissime etiam illud receptum: ut leges non solum... sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. (fr. 32 § 1º D. de leg. 1, 3.)

Não temos, porém, lei escripta: o costume é em contrario e o Direito Romano, como subsidiario, vem depois dos estilos e costumes.

Finalmente não tem sido a acção de demandar dote aos paes aceita pelas legislações modernas: na Belgica nunca foi praticada, Voet ad Pandect. L. 23, Tit. 3, n. 16; o cod. civil fr. aboliu-a expressamente, art.; o cod. civil do Chile e o de Portugal não fazem della menção.

NOTA IX

(§ 82)

Não é incontestada a opinião que fica exarada no § 82 acerca dos adquiridos. P. Barbosa (ad. fr. 1º. D. solut matr. P. I. n. 34 e P. II, n. 100), Pereira (Decisão 53) e o illustre Mello Freire (L. 2, Tit. 8, § 10 e nota) sustentão que não se communicão os adquiridos no matrimonio dotal, apoiados em razões que, em summa, se traduzem na seguinte argumentação:

O casamento dotal é regulado pelo Direito Romano, com cujas disposições evidentemente se conformão os que se casão por dote; a mente delles portanto deve ser interpretada pelas disposições do dito Direito, segundo o qual não se communicão os adquiridos. (Const. 8, 11, c. de pact. convent.)

A argumentação dos que sustentão a communicabilidade dos adquiridos, reduzida a sua maior simplicidade, pode ser formulada assim:

“Do casamento resulta a communhão de todos os bens, pertencentes aos conjuges, quer presentes quer futuros, salvo convenção em contrario. Ord. L. 4, Tit. 46 pr. A communhão é, pois, a lei commum; qualquer alteração, ou modificação que tenha por fim revoga-la ou deroga-la, deve ser expressa.

“No casamento por dote a incommunicabilidade dos bens dotaes, parafernaes e dos que o marido trouxe, é expressa na lei. (Ord. L. 4, T. 47 pr.) Esta restricção constitue uma verdadeira excepção á lei commum. Os adquiridos, porém, não se achão nem expressa, nem virtualmente comprehendidos na dita excepção; por conseguinte cahem debaixo da lei commum. Unde in his quae specialiter cauta non sunt, prout in proposita specie de matrimonio simpliciter contracto sine mentione

lucraram acquirendorum, manemus in dispositione juris nostri regni Luzitaniae, quod est jus commune apud nos." Valasc. Cons. 103, n. 8.

O argumento de Valasco não é senão o argumento de Gama (Decis. 814, n. 4) reproduzido com mais claresa e desenvolvimento. Gama confessa que o citado argumento lhe fora sugerido por um seu collega do tribunal, João de Mello, a cujas opiniões mais de uma vez allude com os maiores encarecimentos.

A opinião de Gama e Valasco parece-nos mais conforme com o genio, com a razão e com o sisthema do nosso Direito, por isso adoptamo-la de preferencia.

A incommunicabilidade dos bens no casamento é uma excepção no nosso Direito; são-lhe pois applicaveis as palavras de Paulo: "Quod contra *rationem juris* receptum, non producendum ad consequentias." Vej. Doneau. Com. juv. civ. lib. I, cap. XIV, § 9.

NOTA X

—
(§ 90)

Segundo o § 9 do art. 3 da lei de 24 de setembro de 1864, o dote não vale contra terceiro:

- 1º Sem escriptura publica;
- 2º Sem insinuação nos casos em que a lei a exige;
- 3º Sem expressa exclusão da communhão;
- 4º Sem estimação.

Os dous primeiros requisitos dizem respeito á validade do dote; o terceiro é effeito essencial; o dote é por força de lei incommunicavel.

Portanto, quanto aos tres primeiros requisitos, o decreto da lei equivale ao seguinte: o dote não pode ser oposto á terceiro senão quando é valido e com os seus effeitos legaes. Tudo isto é da essencia do dote.

A necessidade, porém, da estimação vem á importar a adjeccão d'uma clausula extranha á natureza do dote. Esta clausula evidentemente não é exigida senão para os effeitos da hypotheca: entendida em termos absolutos, isto é — que o dote sem estimação absolutamente não vale contra terceiro — ella iria privar a mulher da acção de reivindicacção contra terceiro pelos bens inestimados. Semilhante intelligencia vae além do motivo que determinou a necessidade da estimação para os effeitos hypothecarios. É este um dos casos em que a generalidade resultante da letra do texto é restringida pela mente da lei.

Nem o Direito Romano, nem o Direito Francez nem o Portuguez (Cod. Civil, art. 906, n. 3) exigem a estimação dos bens dotaes

para que a hypotheca valha contra terceiro. Esta clausula é uma inovação introduzida pelo § 40 da Lei de 20 de junho de 1774. Tão singular pareceu ella que Paschoal deu-lhe uma intelligencia que completamente a annullava. L. 3 T. 14, § 10.

NOTA XI

—
(§ 109)

É questão larga e fastidiosamente controvertida pelos nossos antigos e modernos escriptores, a de saber se a ord. L. 2, T. 35, § 12 nas palavras; “com tanto que este filho fosse tal que com *Direito* podesse ser legitimado por seguinte matrimonio” faz remissão ao Direito Romano ou ao Canonico.

Tenho para mim que a cit. ord. refere-se ao Direito Romano, corrigido pelo uso moderno, isto é, nos termos em que elle pode ser recebido como subsidiario, segundo as declarações da ord. L. 3, T. 64 pr. in fine, da lei de 18 de agosto de 1769, § 9, e dos Estat. da Univer. de Coimb. L. 2. T. 2, cap. 3, § 4, 13, 14, 15, 16, 17 e 19:

1º Porque as ordenações, quando empregão a forma usada no texto transcripto, alludem ordinariamente ou ao proprio Direito Patrio ou ao Romano. (Pegas, ad ord. tom. 5, pag. 578);

2º Porque o Direito Canonico não pode ser aceito como subsidiario nas materias meramente temporaes, como indubitavelmente o é a legitimação por subsequente matrimonio para os effeitos civis. (Cit. lei de 18 de agosto de 1769, § 12).

Segundo o Direito Romano só se legitimavão por subsequente matrimonio os filhos havidos de concubina, não havendo entre ella e o pae impedimento que ao tempo da concepção ou do nascimento obstasse ao casamento. (§ 13. J. de nupt.) Entre os impedimentos ennumerava-se o de estupro.

Tal era a doutrina do Direito Romano ao tempo de Justiniano.

Esta doutrina foi geralmente aceita nas legislações modernas com as modificações seguintes:

1.^a O filho reputa-se natural e por conseguinte pode ser legitimado, não havendo impedimento entre o pae e a mãe, embora a mãe não fosse *concubina* do pae segundo a qualificação romana;

2.^a O impedimento proveniente de rapto não impossibilita a legitimação.

Valasc. Consult. 147, n. 8; Phebo, Decis. 76, n. 11; Lobão á Mello, L. 2, T. 5, § 14, n. 3; Cod. Civil Francez, art. 321.

Assim, pois, segundo o Direito Romano, corrigido pelo *uso moderno* só não podem ser legitimados por subsequente matrimonio os adulterinos e os incestuosos.

Resta finalmente observar que ainda aceita a opinião de que a citada ord. do L. 2, T. 35, § 12 se refere ao Direito Canonico, a solução dada á questão não soffre alteração, senão quanto á designação dos grãos de parentesco que importão prohibição para casamento; porquanto o Direito Canonico, segundo a intelligencia geralmente admittida e fixada por Benedicto XIV (Const. 113, Redite nobis, tom. 1) só denega o effeito da legitimação por subsequente matrimonio aos filhos adulterinos e aos incestuosos. Berard. tom. 3º Dissert. 6, q. 2.

A engenhosa opinião de Bohmero (Jus Canon. Protest. ad. T. qui sint filii legit. § 17) tem contra si a intelligencia pratica do Direito Canonico, o parecer dos mais doutos canonistas e a interpretação de Benedicto XIV.

NOTA XII

—
(§ 122)

Tem havido questão sobre saber: se as disposições da lei de 2 de setembro de 1847 exigem a prova de filiação natural por *escriptura publica* ou por *testamento*, tão sómente para o efeito da successão, ou se também para os demais efeitos.

O doutissimo author da *Consolidação das Leis Civis* (art. 212, nota 2) sustenta que a filiação natural não pode ser provada em juízo para qualquer efeito, como por exemplo para a concessão de alimentos, senão por escriptura publica ou testamento.

O illustrado Sr. Dr. Perdigão Malheiro nos seus excellentes commentarios á citada lei, é de opinião que a dita lei “não innovou a legislação anterior para outros efeitos de Direito, entre os quaes os *alimentos* e o *estado*.”

A opinião do Sr. Dr. Perdigão parece-nos que tem por si melhores fundamentos:

1º Em nossa jurisprudencia prevaleceu sempre a doutrina de que a prova de filiação natural para o efeito da successão deve ser mais completa e rigorosa do que para alimentos: (Lobão, Not. á Mello, L. 2, T. 6, § 21 n. 5 e 6. B. Carneiro. L. 1, T. 20, § 180, n. 12): doutrina que igualmente consagra o Cod. Civil do Chile (Lastarria, Inst. de Direito Civil Chileno, L. 1, T. 5, § 3.)

2º A intelligencia da lei em sentido contrario importaria para os filhos naturaes não reconhecidos a privação de um direito (o de pedir alimentos); mas a privação ou restricção de direitos não póde ser aceita,

senão quando expressa na lei, e a lei de 2 de setembro nada contém de expresso a respeito.

3º A disposição do art. 3 “a prova de filiação natural nos *outros casos* só se poderá fazer por um dos seguintes modos: escriptura publica ou testamento” não tem nem grammatical, nem logicamente o sentido que se lhe tem querido dar. A frase *adversativa* “nos outros casos” é contraposta á disposição do art. 2.

Este artigo prescreve que o reconhecimento na hypothese a que allude (para os reconhecidos concorrerem á herança com os legitimos do mesmo pae) não possa ser feito senão por escriptura publica. “*Nos outros casos*” (art. 3) quer dizer a lei: nos casos em que os naturaes não tenham de concorrer á herança com os legitimos; o reconhecimento pode ser feito por escriptura publica ou tambem por testamento.

INDICE

Introdução	3
Direitos de Família.....	21

SECÇÃO PRIMEIRA

DO CASAMENTO

CAPITULO PRIMEIRO

Esponsaes	22
-----------------	----

CAPITULO SEGUNDO

Casamento: diversas especies; solemnidades da celebração	28
TITULO 1º: Do casamento catholico	33
TITULO 2º: Do casamento mixto	41
TITULO 3º: Do casamento a catholico	43
TITULO 4º: Regras de direito aplicáveis á todas as formas de casamento.....	45
TITULO 5º: Da dissolução da sociedade conjugal.....	54

SECÇÃO SEGUNDA

EFFEITOS DO CASAMENTO

CAPITULO PRIMEIRO

Relações de direito entre o marido e a mulher: poder marital e incapacidade da mulher.....	61
--	----

CAPITULO SEGUNDO

Relações de direito entre os conjugues quanto aos bens	79
TITULO 1º: Pactos antenupciaes.....	79
TITULO 2º: Do regimen da communhão universal de bens	85
TITULO 3º: Do regimen da simples separação de bens.	101
TITULO 4º: Do regimen dotal.....	105
TITULO 5º: Das arrhas.....	131
TITULO 6º: Das doações entre marido e mulher	135

CAPITULO TERCEIRO

Das relações entre os paes e os filhos legitimos	142
TITULO 1º: Dos filhos legitimos.....	142
TITULO 2º: Dos filhos legitimados por subsequente matrimonio.....	151
TITULO 3º: Dos direitos entre os paes e os filhos familias	154

SECÇÃO TERCEIRA

—

CAPITULO UNICO

Dos filhos illegitimos	170
Titulo 1º: Dos filhos naturaes.....	171
Titulo 2º: Dos filhos espurios	177

Titulo 3º: Da perfilhação solenne	178
---	-----

SECÇÃO QUARTA

—

CAPITULO UNICO

Alimentos.....	182
----------------	-----

SECÇÃO QUINTA

DA TUTELA E CURATELA

—

CAPITULO PRIMEIRO

Da tutela.....	195
----------------	-----

CAPITULO SEGUNDO

Da curatela.....	220
------------------	-----

TITULO 1º: Da curatela dos loucos	222
---	-----

TITULO 2º: Da curatela dos prodigos	227
---	-----

TITULO 3º: Da curatela dos bens de auzentes	231
---	-----

NOTAS

Nota I	243
--------------	-----

Nota II.....	246
--------------	-----

Nota III	248
----------------	-----

Nota IV	251
---------------	-----

Nota V	254
--------------	-----

Nota VI	255
Nota VII	257
Nota VIII.....	260
Nota IX.....	263
Nota X	265
Nota XI	267
Nota XII	269